

756

2e/



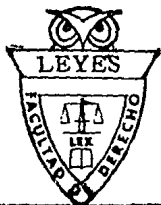
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**"ANÁLISIS HISTÓRICO-JURÍDICO DE LA PERDIDA
DE LA PATRIA POTESTAD EN LA FAMILIA"**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MA. LOURDES ROMERO VELASCO



MEXICO, D. F.

1994

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

IMPRESA EN MÉXICO
DISTRITO FEDERAL DE
MEXICO



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

CAPÍTULO I.

CONCEPTOS GENERALES.	1
1.- FAMILIA	2
2.- EMANCIPACIÓN.	8
3.- PATRIA POTESTAD.	13

CAPÍTULO II.

EVOLUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.	19
1.- DERECHO ROMANO.	21
2.- DERECHO ESPAÑOL.	42
3.- DERECHO FRANCÉS.	52
4.- DERECHO MEXICANO.	59

CAPÍTULO III.

FUNCIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD EN NUESTRO DERECHO ACTUAL.	77
I.- DEFINICIONES.	79
1) FAMILIA	79
2) EMANCIPACIÓN.	80
3) PATRIA POTESTAD.	82
II.- FUNCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.	83

1.- PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.	85
2.- PERSONAS SOMETIDAS A PATRIA POTESTAD.	88
3.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.	94
4.- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS BIENES DEL MENOR.	97
5.- INTERVENCIÓN DE LA AUTORIDAD JUDICIAL	99

CAPÍTULO IV.

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO Y EN NUESTRO DERECHO POSITIVO VIGENTE.	101
--	-----

CONCLUSIONES	119
--------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA GENERAL	122
----------------------------	-----

DEDICATORIA

A DIOS.

**CON PROFUNDO E INFINITO AGRADECIMIENTO A
MIS PADRES, SR. MANUEL ROMERO CERÓN Y
SRA. ANICETA VELASCO DE ROMERO, EJEMPLOS
DE RECTITUD Y GRAN CALIDAD HUMANA, QUE
CON SU APOYO Y CARÍÑO, HAN HECHO POSIBLE
LA CULMINACIÓN DE MI CARRERA.**

**A LA NOBLE GENEROSIDAD DE MIS
HERMANOS, CLARA, LUCRECIA Y CLAUDIO,
POR EL ESTÍMULO QUE RECIBÍ PARA
CONTINUAR UNA NUEVA ETAPA DE
FORMACIÓN PROFESIONAL.**

**CON GRATITUD A MIS CUÑADOS: RUBÉN,
LUIS Y OLIVIA, POR LA COMPRENSIÓN
Y ALIENTO CON QUE HAN CONTRIBUIDO
A MI SUPERACIÓN.**

**A MIS SOBRINOS: ROSALBA, DENISE, KARINA,
CÉSAR Y ÓSCAR.**

**A MA. LUISA REYES DE VALLE, POR SU AMISTAD
SIEMPRE GRATA, Y PORQUE SIN SU APOYO NO
ME HUBIERA SIDO FÁCIL SALIR AVANTE.**

**AL PBRO. NICOLÁS GRANADOS, POR ESTAR
CERCA DE MÍ EN CADA MOMENTO DE MI
VIDA.**

**CON ESPECIAL RECONOCIMIENTO A SU
INCONDICIONAL AYUDA Y PACIENCIA A LA
DIRECTORA DE ESTA TESIS,
LIC. RAQUEL SAGAÓN INFANTE,
CON ADMIRACIÓN Y RESPETO.**

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO, FACULTAD DE DERECHO Y MAESTROS
DE LA MISMA, MI ETERNO AGRADECIMIENTO.**

**CON UN RECUERDO ESPECIAL PARA TODOS Y
CADA UNO DE MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS
DE LA FACULTAD, CON QUIENES CONVIVÍ
CINCO INVOLVIDABLES AÑOS.**

INTRODUCCIÓN

La presente tesis es fruto de la encomiable labor docente que los profesores han realizado en las aulas de nuestra Facultad, pues sembraron la inquietud por cada uno de los temas jurídicos; en especial nos inquietó la problemática por la que atraviesa la familia, por ser ella la institución que está presente en el desarrollo de toda persona: síntesis de amor y autoridad, encarnación de valores que vinculan a los padres con sus hijos, vehículo de nuevos procesos que más adelante se verán reflejados en el ámbito extrafamiliar.

Nos ha motivado la evidencia histórica de la patria potestad, los conocidos factores jurídicos que resolvieron los conflictos familiares, toda vez que, en el Derecho Romano, la patria potestad fue el eje sobre el cual giró la familia, la sujeción al *pater*, cuyo poder se ejerció sobre los hijos, los descendientes, los adoptados, los arrogados y aún la mujer, etapa en la que no se conoció una potestad de los padres sino un poder del padre.

Creemos que en ese periodo hubo un evidente desajuste en las relaciones familiares, por lo que no dudamos que hayan repercutido en la estabilidad emocional de sus componentes, o en alguno de ellos hasta amenazar la firmeza del conjunto familiar.

Nos hemos dado cuenta que la dignidad de la institución no brilla en todo su esplendor, está oscurecida por el egoísmo, la situación económica, la epidemia del divorcio y otras causas que originan perturbación en ella, lo cual ha suscitado en nosotros angustia y preocupación por la solidez de la familia.

El desarrollo del tema "Análisis Histórico-Jurídico de la Pérdida de la Patria Potestad en la Familia" desea mostrarnos, ante todo, la importancia que ésta tiene en la vida de todo ser humano, razón por la cual nos preocupa su desintegración, en tanto primer punto de contacto que el menor de edad tiene con la sociedad y sus normas, pues la familia constituye el contexto en el que se desarrollan las pautas de socialización.

No olvidamos, tampoco, la necesidad urgente de preparación para las familias y para quienes se aprestan a formarlas, tomando en cuenta incluso la situación del infante que debe confiar en la familia, no teniendo otro punto de referencia.

Con el presente estudio pretendemos defender la unidad familiar, y promover a su vez la dignidad, estabilidad y paz de la misma. Propugnamos porque los padres cumplan los deberes de protección que le son debidos al hijo, ése es nuestro principal objetivo y debe ser la primordial preocupación del derecho; para la firmeza del vínculo matrimonial, la certeza de la paternidad y la regulación de la patria potestad. Al respecto, no puede sorprendernos de modo alguno que la patria potestad constituya una función natural de máxima importancia tanto para los padres como para los hijos, en su ejercicio se reflejan forzosamente los cambios sociales, por lo que su régimen legal debe estar pues,

acorde en cada tiempo y en cada nación con la mentalidad y realidad existentes.

Finalmente, intentamos detenernos por un momento a analizar las causas de su inestabilidad y aunque sea en unas cuantas líneas brindar apoyo a aquellos menores cuya vida familiar ha quedado rota, o es transitoria; tratamos de devolverles aquello que han perdido: la seguridad de un hogar estable, con toda clase de posibilidades para su desarrollo individual, he ahí la necesidad urgente de una adecuada reglamentación de nuestras instituciones jurídicas, en particular de la pérdida de la patria potestad.

La conmoción que experimenta el menor de edad al verse separado de su familia, la falta del contacto afectivo con sus padres, la ausencia de esta influencia formativa que implica la relación familiar; estos trastornos, en suma, nos han permitido mucho mejor que en condiciones normales, hacer ciertas observaciones, dignas, a nuestro juicio, de ser estudiadas y descritas.

CAPÍTULO I.

CONCEPTOS GENERALES.

1.- FAMILIA

2.- EMANCIPACIÓN

3.- PATRIA POTESTAD

1.- FAMILIA

"La familia es la institución histórica y jurídica de más profundo arraigo a lo largo de las distintas etapas de la civilización. Su origen se remonta a los albores de la humanidad." ¹

No se ha determinado aún con exactitud la forma en que emergió la vida en familia, pero debió tener como base un parentesco netamente biológico, cuyo fin era asegurar la propagación de la especie.

El clan ha sido considerado como la forma más primitiva de unión, que brindó seguridad y supervivencia mediante la protección y provisión mutuas en un medio hostil. Pero el vínculo común y general que unía a este grupo primario, se empezó a manifestar poco a poco en un sentimiento familiar más estrecho, basado en vínculos de solidaridad.

Los indicios más remotos de la historia, han llegado a demostrar que el origen de la familia se da en los pueblos bajo la forma monogámica; pero no han faltado algunos autores que pretenden, con argumentos histórico-sociológicos,

¹ *Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XI, Ed. Bibliográfica Driskill, S.A., Buenos Aires, 1982. Pág. 978.*

echar por tierra la postura de que la familia surgió en la forma antes señalada en casi todos los pueblos, bajo el principio de autoridad que recae principalmente en el padre, pero con la colaboración de la madre.

Sin embargo, en este estudio no pretendemos esbozar el origen de la familia, pero sí queremos fijar su importancia como institución fundamental de cualquier sociedad, principalmente la nuestra que ha entrado en crisis; y cuyo único apoyo y sostén es la familia, pues ésta, con su gran vigor se convierte en un imperativo necesario de la misma naturaleza.

La familia sigue siendo la unidad básica de toda sociedad. Su antigüedad e importancia en la historia de la humanidad, la colocan en la cumbre de las instituciones culturales, basada en el matrimonio, como la primera y más importante de las instituciones jurídicas familiares.

No está de más, por tal motivo, hacer un esquema para distinguir varias acepciones del término, para comprender la trascendencia de mantener la unidad familiar y así contribuir al máximo bienestar de la sociedad.

ACEPCIÓN ETIMOLÓGICA

La palabra familia, en efecto, tiene varios significados de muy diverso alcance, según el punto de vista desde el que se le considere.

Para nuestro estudio, lo hemos enfocado en su sentido etimológico y, así, encontramos que familia proviene del "latín familia, conjunto de esclavos y criados de una persona; derivado de *famulus* sirviente, esclavo; *famulari* = servir. Esclavos o servidores de una casa:" ²

Se considera también a un grupo de personas emparentadas entre sí, que viven juntas bajo la autoridad de una de ellas.

Como podemos darnos cuenta, en la primera acepción etimológica se considera familia a toda persona que moraba con el señor de la casa, incluyendo a criados y esclavos.

En la segunda noción, el concepto se refiere a un grupo de personas allegadas, por existir entre ellos tres características básicas, que son: identidad de sangre, techo común y un nexo de unión, todos bajo la dirección o autoridad de una persona, aunque según nuestro punto de vista y así como lo veremos en el desarrollo de los capítulos, la identidad de sangre no es obstáculo para formar una familia.

² COROMINAS, JOAN. *Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico*, Ed. Gredos, Madrid 1984, pág. 846.

ACEPCIÓN GRAMATICAL

En este sentido, el Diccionario Ideológico de la Lengua Española sostiene que familia se refiere a "Gente que vive en una casa bajo la autoridad del señor de ella. //Conjunto de criados de uno aunque no vivan dentro de su casa.//Conjunto de ascendientes, descendientes colaterales y afines de un linaje.//...//Parentela inmediata de uno//..."³

Regularmente el concepto que se tiene de la palabra familia en sentido gramatical siempre es la misma, ejemplo, conjunto de personas de la misma sangre; estirpe. Parentela inmediata, especialmente el padre, la madre y los hijos, o institución en las que se distinguen dos tipos de relaciones esenciales; la conyugal y el parentesco directo de consanguinidad.

En términos generales y atendiendo a su raíz etimológica, familia comprende a cuantas personas vivan en el mismo hogar, y así incluye también a los criados, con lo que no estamos de acuerdo, pues en las relaciones entre amos y criados no existe una relación familiar, sino civil; por tal motivo este primer criterio nos ha servido para conocer el origen de la palabra y como punto de apoyo para el estudio de la institución, pero buscaremos a nuestra vez un criterio que enlace integralmente a los cónyuges y a sus descendientes, que integran el componente personal de la familia.

³ CASARES, Julio. *Diccionario Ideológico de la Lengua Española*, Ed. Gustavo Gili, S. A., Barcelona, 1979, pág. 383.

ACEPCIÓN JURÍDICA

La definición de familia no está contemplada dentro de nuestro Código Civil de aplicación local para el Distrito Federal. Igual sucede en las legislaciones civiles que rigen en la mayoría de los Estados de nuestra República.

Sin embargo, la palabra "Familia" es utilizada en varios preceptos jurídicos para otorgar o liberar de derechos, deberes y obligaciones a una persona, dentro del seno de ese núcleo básico. Cabe en este sentido destacar que por primera vez en una legislación familiar estatal se define esta institución, y así, el Código Familiar del Estado de Hidalgo en su artículo primero establece:

"La familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad, que habiten bajo el mismo techo." ⁴

Con esto se destaca la importancia de la institución, reconocida como pilar fundamental de la sociedad, además de promover el vínculo jurídico del matrimonio, destacándose también la función de mantener en un medio de

⁴ GUITRON FUENTEVILLA, Julián. *Supra*, 4ª ed., México 1983, p. 24.

unión a la familia mediante la convivencia de sus integrantes. Así, su importancia va más allá de la del propio Estado.

Insistimos en subrayar que el núcleo familiar tiene en la sociedad una influencia determinante en los primeros años de formación del niño, que posteriormente se reflejará en el individuo adulto, las consecuencias del amor que exista en ella, y de esto dependerá el bienestar de una nación, porque si queremos buenos gobernantes, hemos de procurar buenas familias, para encauzar adecuadamente a sus integrantes, sobre todo en la etapa formativa.

La regulación que el derecho dé a la familia, se reflejará en una buena sociedad y un mejor estado; por tal motivo, su desunión es un problema que nos lleva a preguntarnos ¿Cuál es la consecuencia de la disposición jurídica relativa a la pérdida de la patria potestad? ¿No se estará contribuyendo a la desunión familiar? ¿No basta el frecuente fracaso en la lucha contra el divorcio y el desmembramiento de los hogares? ¿Pueden contribuir disposiciones de esta naturaleza al bienestar de la sociedad y del país? ¿Resulta más perjudicado el padre o el hijo?

Estos problemas familiares ocupan una posición clave en cualquier programa de reforma social, y si no se toman en cuenta al hacer algún proyecto de ley, inevitablemente surge el fracaso, pues para que la vida en común pueda ser realmente una comunidad y proporcione a sus miembros el bienestar, la satisfacción y el apoyo, precisamente es en el hogar donde esto se puede dar. Es en la familia, donde los niños encuentran aliento para su formación; en el

padre, para su desarrollo dentro y fuera del hogar, y en la madre, donde descansan las grandes labores de formar, educar, orientar y encauzar adecuadamente a sus miembros, con el apoyo retroalimentador de su esposo e hijos.

2.- EMANCIPACIÓN.

Hablar de la institución de la emancipación, nos lleva a analizar el Código Civil para el Distrito Federal, cuyo artículo 443 establece la pauta para desentrañar su verdadero significado. Dicho artículo dispone:

443 La patria potestad se acaba:

II.- Con la emancipación derivada del matrimonio.

De lo anterior desprendemos:

- a) Que la emancipación es una de las instituciones mediante la cual un menor, sujeto a la patria potestad o la tutela, se libera de esa condición;
- b) La emancipación se produce antes de llegar a la mayoría de edad, por el matrimonio del menor.

Lo que nos lleva a estudiar de manera profunda el origen de esta acepción en dos apartados, su etimología y los conceptos gramatical y jurídico.

ACEPCIÓN ETIMOLÓGICA.

Emancipación deriva del latín "*emancipatio-tionis*" ⁵ y significa acción y efecto de emancipar o emanciparse.

"Emancipación; del latín "*emancipare*", poner el padre al hijo fuera de su arbitrio y poder" ⁶

Denota, lo anterior, que la emancipación es una de las instituciones mediante la cual un menor bajo la patria potestad o tutela se libera de esa condición.

ACEPCIÓN GRAMATICAL

Desde un punto de vista gramatical es un procedimiento que pone término a la patria potestad; según se dice, tiene lugar por mayoría de edad, matrimonio, concesión paterna o concesión del Estado y sólo la primera puede implicar plenitud de derechos civiles.

⁵ *Diccionario Enciclopédico Salvat*, tomo 9, Salvat Editores, S. A., Impreso en España, 1975, pág. 485.

⁶ *BARCIA, Roque. Primer Diccionario General Etimológico de la Lengua Española, Tomo Segundo, Madrid 1881, s/p.*

ACEPCIÓN JURÍDICA

La emancipación ha variado en el tiempo. En el Derecho Romano, primitivamente, no hubo forma propia para emancipar a los descendientes; la patria potestad se consideraba perpetua, pero en diversos casos al padre no le convenía tener a sus hijos en su casa y como el Derecho Romano tampoco le permitía por sí mismo romper el vínculo que existía con el hijo, se buscó un procedimiento para terminar la patria potestad, encontrándose en la Ley de las XII Tabas, en donde se señalaba su posible extinción. El procedimiento fue aplicado de la manera siguiente:

El padre mancipaba al hijo a un tercero de buena fe, que a su vez se comprometía por medio de un pacto de fiducia a manumitirlo inmediatamente, mancipado por segunda ocasión era manumitido nuevamente y con el mismo procedimiento mancipado por tercera vez quedaba disuelto cualquier vínculo con la autoridad paterna, y así el hijo manumitido tres veces devenía "*sui iuris*", es decir, quedaba fuera de la patria potestad y actuaba con independencia.

Cabe aclarar que este procedimiento era exclusivamente para el varón, pues para la mujer o un descendiente lejano era suficiente una mancipación.

Los efectos de esta extrañación del hijo fueron muy graves para él, puesto que después de haber sido excluido de su familia perdía, además de los derechos de agnado, gentilis, ingenuidad, tutela, sucesión, todos los derechos políticos que antiguamente iban unidos a la gentilidad.

Sin embargo, por su calidad de *sui iuris* podía formar y tener su patrimonio aún cuando por ser impúber se le daba, en razón de su edad, un tutor.

Para el periodo clásico, a pesar de que la figura de la emancipación se realizaba por el mismo procedimiento, esta condición mejora, pues la exclusión del hijo de familia ya no tiene el mismo carácter que en épocas anteriores, para este momento la emancipación ofrece ventajas al menor, puesto que ya puede constituir su patrimonio y quedarse con el producto de lo que adquiere; además, con esta medida no pierde ya sus derechos a la herencia paterna.

En el periodo del derecho nuevo las modificaciones que se le hacen principalmente son en la forma de cómo operaba, puede decirse que se muestra como un contenido depurado de todo lo sucedido en la época primitiva y finiquitados en sus efectos en el periodo clásico.

No hay ya *mancipatio*, *fiducia* ni manumisión, se le quitan estos disfraces que ha tenido que adoptar la figura, para que fuera reconocida y adquiriera legitimidad.

En esta fase, la emancipación se practica de dos formas:

- 1) Emancipación Anastaciana
- 2) Emancipación Justiniana

La primera se realizaba ante el magistrado competente transcribiéndola en los registros públicos. Se aplicaba a los ausentes e infantes, Anastacio permitió esta forma de emancipación en el año 502 después de Jesucristo.

La segunda, se estableció por Justiniano en el año 531 después de Jesucristo, por comparecencia del padre y del hijo. El padre manifestaba su voluntad y, si el hijo no la contradecía, el magistrado aprobaba la emancipación. Siendo innecesario en adelante vender tres veces al hijo para que se rompiera la patria potestad y éste quedara liberado de ella.

Estas dos etapas, denotan una superación del procedimiento que va desde una extrañación a modo de castigo, pasando por rescripto del príncipe hasta llegar a la forma Justiniana, que es la más simple de todas las anteriores.

La única forma que subsiste en derecho civil actual sería la emancipación legal que opera cuando un menor de dieciocho años contrae nupcias, aunque se disuelva posteriormente el matrimonio. Por lo tanto, el menor no vuelve a caer en la patria potestad, tiene la libre administración de sus bienes, con la excepción de requerir de la autoridad judicial permiso para enajenar, gravar o hipotecar sus bienes raíces y requiriendo además de un tutor para negocios judiciales.

Dado que el código civil en el capítulo correspondiente a la emancipación no la define ⁷, el Código Familiar del Estado de Hidalgo a la letra dice:

ART. 322. "La emancipación es el acto jurídico que permite a un menor de edad, al contraer matrimonio liberarse de la patria potestad o tutela..." ⁸

La emancipación no siempre ha tenido la clara tipificación que se ha señalado y como se le conocía anteriormente, se muestra ahora como conducta de persona a quien siendo menor de edad se le confiere la capacidad de regir su propia persona y ejercer ciertos derechos, creando un estadio intermedio entre la menor y la mayor edad.

Se le capacita con tendencia a una mayor habilitación en el ejercicio de la libertad, que, como tal, el ordenamiento jurídico concede plenamente sólo al alcanzar la mayor edad.

⁷ En efecto, nuestro código civil no define a las instituciones estudiadas en la presente tesis, motivo por el cual con frecuencia nos referiremos al Código Familiar del Estado de Hidalgo.

⁸ GUITRON FUENTEVEILLA, Julián. *op. cit.*, pág. 66.

3.- PATRIA POTESTAD.

La institución de la patria potestad es importante para el derecho, pero principalmente lo es para el hombre porque lo une a una de las relaciones de máxima importancia que aquél puede mantener en la vida, la relación familiar, la relación entre padres e hijos.

Se viene señalando, desde hace ya tiempo, que el término de "patria potestad" no está acorde con nuestra realidad, se ha intentado por ello suprimir la expresión por considerar que la nomenclatura no responde al sentido actual de la institución.

Aún cuando los intentos de renovación terminológica no han llegado a triunfar, algunos códigos como el Ruso por ejemplo, la suprime, sustituyéndola por las palabras "derechos y deberes". Por lo que nos parece interesante estudiar la evolución tan notable que ha tenido la institución que nos ocupa.

ACEPCIÓN ETIMOLÓGICA.

Frente a la necesidad de fijar y limitar el alcance de la palabra, hemos recurrido al origen etimológico, encontrando que la patria potestad proviene del latín "*patrius, a, um*, lo relativo al padre, y potestas, potestad." ⁹

Su origen se encuentra históricamente en el Derecho Romano, cuando se le concedían al padre de familia, facultades extraordinarias sobre todas las personas que vivían bajo su "*domus*."

ACEPCIÓN GRAMATICAL.

Desde el punto de vista gramatical este vocablo nos ofrece varias definiciones, que aluden al sentido jurídico; v.gr.: La Enciclopedia RIALP analizando la noción y la terminología de esta institución, desprende que la patria potestad es el poder del padre sobre las personas libres sujetas a él.

Este concepto, como se puede apreciar, está enfocado desde el punto de vista jurídico, netamente del Derecho Romano.

La misma Enciclopedia nos da una noción de carácter civil cuando establece que "es el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los

⁹ CASSO Y ROMERO, Ignacio de. *Diccionario de Derecho Privado*, Tomo II, Ed. Labor, Impreso en España, pág. 2935.

padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole." ¹⁰

ACEPCIÓN JURÍDICA.

Nuestro Código Civil no define a esta institución, y sencillamente en el artículo 412 establece que "los hijos menores de edad están sujetos a ella mientras exista algún ascendiente que deba ejercerla conforme a la ley." ¹¹

Probablemente nuestros legisladores se abstuvieron de dar un concepto por saber que toda definición entraña dificultad y atrae peligros por ser acaso inexacta y tal vez pronto insostenible, pero indispensable.

Las corrientes actuales legislativas inician la regulación de las instituciones, definiéndolas, para evitar interpretaciones erróneas sobre el texto legal. Por tal razón eminentes autores y profundos pensadores esbozan definiciones dándonos una idea concreta y esencial de tan importante institución.

¹⁰ *Supra*, Tomo XVIII, Ediciones Rialp, S. A., Madrid, 1974, pág. 54.

¹¹ *Supra*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, pág. 120.

El profesor Ignacio Galindo Garfias expresa que "es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad no emancipados".¹²

Los autores Colín y Capitant la definen como el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos en tanto que sean menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre ellos.¹³

Como se puede examinar de lo anteriormente expuesto, para dar un concepto de la patria potestad se han empleado varios términos: Conjunto de derechos, institución, autoridad, facultad, etc., nosotros consideramos que lo importante no es el término empleado para definirla, sino la protección y el cuidado de los menores no emancipados cuyo ejercicio recae principalmente en los padres.

Nos parece en definitiva que no hay razón fundamental para suprimir el término "patria potestad"; lo vital es que la institución esté regulada a la forma de hoy. Porque aunque hoy existe una institución que conserva aquel nombre y que se refiere a las relaciones de los padres con el hijo, no es en verdad potestad alguna tal como se le concebía en Roma, sino que es actualmente un

¹² *Supra. Derecho Civil Primer Curso, 6ª ed., Editorial Porrúa, 1976, pág. 655.*

¹³ *Supra. Curso Elemental de Derecho Civil, traducción Española, I. E., Reus, tomo II, Vol. 1º, pág. 18.*

conjunto de obligaciones con ciertos derechos para el cumplimiento de las necesidades del hijo, y su desarrollo en la sociedad.

Podemos decir que la patria potestad es, en primer lugar, un conjunto de derechos y obligaciones que la ley otorga a los padres y abuelos, en relación con sus hijos o nietos, con el fin primordial de cuidarlos, educarlos, así como administrar sus bienes. Función confiada a los progenitores para instruir al hijo menor de edad y cuidar sus bienes en consideración a su falta de madurez psíquica, y, consecuentemente de su incapacidad legal.

CAPÍTULO II.

EVOLUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

- 1.- DERECHO ROMANO.**
- 2.- DERECHO ESPAÑOL.**
- 3.- DERECHO FRANCÉS.**
- 4.- DERECHO MEXICANO.**

1.- DERECHO ROMANO.

La evolución de la patria potestad, es un fenómeno social y jurídico de gran interés y profundidad. Su evolución en el Derecho Romano se presenta inicial y finalmente en dos concepciones extremadamente opuestas.

La patria potestad comienza con un poder despótico, concebido en provecho del que la ejerce, y termina siendo una institución destinada a brindar protección a los sometidos a ella, mas la transformación es lenta.

En un principio implicó la existencia de derechos, de tal manera absolutos e ilimitados, que daban al *paterfamilias* una autoridad de gran magnitud. Las facultades que constituyen su contenido recaen, tanto en las personas sujetas a su dominio, como en el aspecto patrimonial de las mismas.

Recordemos, que "el centro de toda domus romana era el *paterfamilias*, dueño de los bienes, señor de los esclavos, patrón de los clientes"¹⁴, juez de la casa, sacerdote del hogar, única persona con plena capacidad de goce y ejercicio, romano libre y *sui iuris*, todos los miembros dependían de él y participaban de la vida jurídica de Roma a través de él.

¹⁴ MARGADANT S, Guillermo F. *Derecho Romano*, Editorial Esfinge, S. A., México, 1982, pág. 196.

El término *pater* "era extraño a la idea de generación, evocaba la idea de protección o poder. Era el ciudadano *sui iuris* que no dependía más que de sí mismo. Sin él no había familia o domus" ¹⁵

La condición de éste es a la par, en cierto modo, de monarca y sacerdote, de ahí la obediencia y veneración que le son debidas. El *pater* no es únicamente el hombre fuerte que protege, sino que al mismo tiempo posee la facultad de hacerse obedecer.

El aspecto principal de esta autoridad, como es fácil notar, tiene menos por objeto la protección del hijo, que el interés de la familia, este principio trae consigo las siguientes consecuencias:

a) No se modifican las facultades de los que están sometidos a ella, puesto que no se les puede liberar, ni por la edad, ni por el matrimonio.

b) La autoridad sólo pertenece al jefe de familia, aunque no siempre es el padre quien la ejerce; ya que su autoridad se borra delante de la del abuelo paterno.

c) Finalmente "la madre no puede tener nunca la potestad paternal" ¹⁶

¹⁵ ARGÜELLO, Luis Rodolfo. *Manual de Derecho Romano*, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1988, pág. 413.

¹⁶ PETIT, Eugène. *Tratado Elemental de Derecho Romano*, traducción de D. José Fernández González, Editorial Nacional, México, 1975, pág. 101.

En efecto, la potestad paterna le correspondía al *pater* y le otorgaba severos e ilimitados derechos, los cuales ejercía sobre la persona y los bienes de los sometidos a su potestad.

Primitivamente, la palabra *manus* significaba en general el poder sobre la familia, después se reservó el término al poder ejercido sobre la mujer casada; la patria potestad, al que se ejercía sobre los descendientes por vía de varón; *potestad dominica*, la que se ejercía sobre los esclavos; *dominium*, sobre las cosas; *mancipium* indicaba esclavitud de las personas libres vendidas al *paterfamilias*, y *iura patronatus* los derechos sobre los libertos. Pero no obstante la diferencia de denominación, la naturaleza del poder doméstico es, esencialmente, la misma.

"El lazo que sirve de aglutinante en el grupo familiar no es biológico, sino que está constituido por la idea netamente jurídica de autoridad, de sujeción a una jefatura" ¹⁷

Durante mucho tiempo, esta potestad sobre las personas y el poder sobre las cosas fueron reconocidas y rodeadas de garantías en el Derecho Romano, poderes de carácter absoluto, tanto que ni la autoridad pública podía intervenir, pues frente a los individuos libres o no libres sujetos a potestad, el *pater* tenía todos los derechos.

¹⁷ ARIAS RAMOS, J. y otro. *Derecho Romano II*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1984, pág. 691.

Como poder sobre las personas, la patria potestad es originariamente un poder ilimitado.

El *pater* pudo, durante mucho tiempo, matar, mutilar, arrojar de su casa a las personas *alieni iuris*, que son aquellas que están dentro del núcleo familiar sujetas a la potestad de un jefe, podía además romper, destruir, vender y abandonar las cosas que le pertenecían.

Todas las personas que vivían bajo su techo adquirían patrimonio sólo para él, cuando hubieran cometido un delito estando sujetos a su autoridad, tenía que indemnizar a la víctima o darlo en noxa, es decir, entregar al culpable para que expiara su culpa mediante trabajo; o incluso, oyendo a una junta de parientes, darle muerte.

Pero cuando el imperio romano cayó, se iniciaron medios encaminados a limitar la autoridad de las personas que ejercían la patria potestad, pues a medida que se iba dulcificando la rudeza de las costumbres primitivas, se vio extinguirse lentamente la energía de la potestad paternal.

A partir de entonces y a través de los tiempos se ha ido limitando ese poder desmesurado.

CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD

- 1.- Era una institución de Derecho.
- 2.- El titular era el varón ascendiente de mayor edad quien ejercía la patria potestad sobre sus hijos, nietos, bisnietos, esclavos, etc.
- 3.- La mujer nunca podía ejercer la patria potestad; era exclusiva de los varones.
- 4.- La patria potestad era perpetua, no terminaba con la mayoría de edad de los sometidos a ella.
- 5.- Poder que sólo podía ser ejercido por un ciudadano romano.
- 6.- La patria potestad, otorgaba derechos a su titular sobre las personas y bienes de quienes estaban sujetos a ella.

DERECHO ROMANO ANTIGUO

El Derecho Romano antiguo, comienza con la fundación de Roma, extendiéndose hasta el siglo VII.

En esta primera fase de la historia, el Derecho Romano presenta las características siguientes: es estricto, conservador y formalista, la única codificación existente es la Ley de las XII Tablas.

En esta época, la potestad paterna otorgaba derechos absolutos al jefe de familia, sobre la persona y bienes de quienes estaban sujetos a ella, poder muy

similar al que se ejercía sobre los esclavos, el *pater* tiene poder de "*ius vitæ necisque*", expresión que significa poder de vida y muerte sobre el hijo, además,

- a) Podía imponerles castigos corporales, aún darles muerte, previa opinión de los parientes más próximos.
- b) Podía abandonarlos
- c) Podía venderlos como esclavos, aunque si lo hacía dentro de Roma, el hijo no se hacía esclavo, sino persona in mancipio.

La persona in mancipio estaba en una condición muy próxima a la esclavitud, su amo o señor podía hacerlo trabajar, alquilarlo, pagar con él o venderlo como si fuera su esclavo, pero podía ejercer una acción contra el amo cuando abusaba de su poder, acción que no correspondía al esclavo.

- d) Para casarse requería del consentimiento del *paterfamilias*, el cual podía romper el matrimonio de su hijo mediante el divorcio.

En cuanto a los bienes:

- a) El hijo carecía de personalidad jurídica propia
- b) No tenía patrimonio propio
- c) Se consideraba un instrumento, a través del cual, el *paterfamilias* podía adquirir bienes a su favor.

Sin embargo, el titular de la patria potestad, le otorgaba un conjunto de bienes para que los administrara, cediéndole parte de las utilidades, pero conservando siempre la propiedad de tales bienes.

DERECHO CLÁSICO Y BAJO IMPERIO

La época clásica comienza en el siglo VII de Roma con el primer Jurisconsulto Quinto Mucio, y termina con el advenimiento de Constantino.

El Derecho Romano en esta época se transformó en forma general, fue menos estricto, menos conservador y menos formalista. Se preocupó por la equidad, predominando en mayor grado ésta sobre las reglas rigurosas del derecho.

El Bajo Imperio, empieza con el emperador Constantino y termina con la muerte de Justiniano, en términos generales la equidad triunfó por completo sobre los vestigios del formalismo antiguo.

En estas dos fases, los derechos y poderes del *paterfamilias* se limitaron, tanto en la persona como en los bienes del hijo.

En cuanto a las restricciones a los derechos, sobre la persona, encontramos los siguientes:

- 1.- Bajo Séptimo Severo se suprimió el derecho de vida y muerte sobre los hijos.
- 2.- Antonino el Píadoso, limitó el derecho de romper el matrimonio de sus hijos.
- 3.- El *paterfamilias* ya no podía vender a sus hijos, excepto en caso de extrema miseria.
- 4.- El emperador Constantino prohibió abandonar a los hijos.
- 5.- Al hijo se le dio la facultad de reclamar alimentos al *pater*, y el derecho de quejarse judicialmente en contra del mismo.
- 6.- Con el emperador Justiniano la patria potestad quedó reducida a un mesurado poder de corrección y disciplina.

Afortunadamente, en el Derecho Romano comenzó a penetrar la idea de que, por amplia que fuera la potestad del *pater*, no podía escapar absolutamente a la intervención estatal; de esta forma las nuevas concepciones sociales, hicieron decaer el antiguo poder absoluto y cambiando la estructura de la familia romana, transformación que opera a favor de la disminución de poderes tan inhumanos como el de vida y muerte.

ASPECTO PATRIMONIAL DE LA PATRIA POTESTAD.- PECULIOS

"El paterfamilias es también, según los puros principios, el único sujeto de derechos patrimoniales. No solamente dispone del patrimonio familiar a su gusto, sino todo lo que adquieren los filifamilias le pertenece" ¹⁸

Con ello se quiere decir, que el hijo no puede ser titular de derechos, ya que sólo es un instrumento de adquisición en beneficio del padre. "Cualquier cosa corporal, derecho real, herencia, de que el hijo haga acto de adquisición se entiende adquirido para el padre; y el padre se hace por derecho civil propietario de la cosa o titular del derecho" ¹⁹

Por razón del carácter absoluto de la potestad del padre, el hijo estuvo en cuanto a sus bienes en situación muy semejante con la de un esclavo, puesto que el titular de los derechos patrimoniales sólo podía ser el *paterfamilias*. Sin embargo, el régimen de los bienes en la patria potestad, también experimenta una transformación, y esto se da cuando el Derecho Romano va reconociendo al hijo de familia, la titularidad de ciertos bienes que constituían el peculio.

¹⁸ BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*, 5ª. ed., Instituto Editorial Reus, S. A., Madrid 1979, pág. 165.

¹⁹ ARANGIO RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de Derecho Romano*, trad. por José M. Caramés Ferro, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 535.

Con esta denominación se designa al conjunto de bienes que el padre asigna al hijo, toda vez que por razones comerciales, de residencia o de dignidad, aquél cree oportuno concederle. Cabe hacer notar, que los bienes comprendidos en el peculio no se hacen propios del hijo sino que continúan perteneciendo al padre.

Se distinguieron cuatro:

- a) Peculio Profecticio
- b) Castrense
- c) Cuasicastrense
- d) Adventicio

Aunque éste último no fue considerado así por los romanos.

a) Peculio profecticio

Estaba constituido por los bienes que el padre le dejaba en administración al hijo, los cuales los dedicaba al comercio o a la industria. La propiedad era exclusiva del padre, éste podía revocar la administración en cualquier momento, a la muerte del hijo, los bienes regresaban automáticamente a la masa patrimonial del padre. Éste es el peculio más antiguo y podían ejercerlo incluso los esclavos.

b) Peculio Castrense

Fue creado por disposición del emperador Augusto, estaba integrado por los bienes que el hijo adquiría como miembro del ejército romano.

Lo importante para este estudio es saber que tenía la facultad de disponer de ellos por testamento.

Se admitió más tarde, que podía enajenarlos por actos "inter vivos", posteriormente la jurisprudencia amplió este concepto, y se integraban además el botín de guerra, herencias, legados dejados por sus compañeros, donativos de sus amigos, etc. Sobre tales bienes, el hijo soldado tuvo el disfrute y un verdadero derecho de propiedad.

c) Peculio cuasi-castrense

El peculio cuasi-castrense se parecía al anterior, sólo que los bienes que lo formaban, era porque el hijo estaba al servicio de la Corte.

Estuvo constituido por los sueldos, retribuciones que el hijo percibía por sus funciones en el palacio imperial.

Fue creado por el emperador Constantino, el hijo gozaba del derecho de propiedad sobre los bienes, aunque durante muchos años no le fue permitido transmitirlos por herencia.

d) Peculio adventitia

Al principio estuvieron integrados por los que la madre le dejara a su hijo, así como los que su abuelo vía materna le cedía.

Aunque todavía estaban bajo la administración del *paterfamilias*, gozando sólo éste de una especie de usufructo, perteneciendo la propiedad al hijo.

Para el reinado del emperador Justiniano, éste declara que los bienes son propiedad del hijo, con facultades de administración y disfrute a favor del padre, incluyendo los bienes que el *filiusfamilias* adquiriera de cualquier manera, con excepción de los que se alcanzaran con dinero del padre y los que se entregasen por un tercero por gratitud al padre.

Estos bienes son considerados como un verdadero patrimonio, pues si el hijo llegaba a morir, los bienes nunca regresaban a la propiedad del padre, sino que son objeto de la sucesión testamentaria.

FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD

Podemos considerar como fuentes de la patria potestad a cuatro instituciones, de las cuales una la llamamos natural y las restantes artificiales.

- 1.- El matrimonio o *justæ nuptiæ*
- 2.- La legitimación
- 3.- La adopción
- 4.- La adrogación.

El matrimonio o *justæ nuptiæ*, es la base y fundamento de la familia romana, fuente principal de la potestad paterna por excelencia.

Se le llamaba *justæ nuptiæ*, al matrimonio legítimo conforme a las reglas de derecho civil en Roma.

El título natural, por el cual una persona en Roma adquiría la condición de miembro de una familia y se colocaba bajo la potestad paterna, fue el nacimiento o procreación, originado de un *iustum matrimonium*.

La importancia de nacer dentro de la institución del matrimonio es tan grande, que por el solo efecto de éste, la esposa gozaba de ciertas consideraciones, como lo era el participar del rango social del marido y, con respecto a sus hijos, en caso de muerte del *pater*, estos adquirirían la condición de *sui iuris*, transmitiéndoseles posteriormente el carácter de *pater*.

La legitimación

Es otra de las formas que reconocía el Derecho Romano, que consistía en un acto civil, por medio del cual se hacía entrar en la familia del *pater* al hijo habido del concubinato, equiparándolo al hijo legítimo.

Este modo de quedar sometido a la patria potestad, tuvo lugar en una época en que la familia agnaticia había perdido casi su antigua importancia.

Para favorecer al matrimonio legítimo, por influencia de las ideas cristianas, el derecho introdujo la legitimación, como el medio jurídico por el cual el hijo natural alcanzaba el carácter de legítimo, quedando sometido a la patria potestad en calidad de *alieni iuris*.

Pero no todos los hijos, fruto de uniones extramatrimoniales pudieron ser legitimados, pues para que esta figura produjera efectos legales, se exigieron ciertos requisitos:

Primero, que el hijo fuera procreado por padres unidos en concubinato, o sea, aquella relación permanente distinta del matrimonio, que se daba cuando un ciudadano se unía a una mujer de condición inferior y que el Derecho Romano reguló, especialmente en lo concerniente a las relaciones entre los progenitores y sus hijos.

"El concubinato, no era una unión pasajera, sino una relación de convivencia, a la que faltaba, sin embargo, la intención matrimonial." ²⁰

No operaba la legitimación si los hijos eran adulterinos, es decir, fruto de uniones en que los padres o alguno de ellos estaba casado, o incestuosos, nacidos de parientes en grado prohibido, o espurios, que eran todos los demás ilegítimos.

Se requería además, el consentimiento del hijo, dado que la legitimación iba a hacerle perder su calidad de *sui iuris*.

Finalmente, se requería una forma legal de legitimar, es decir, el hijo natural adquiría la condición de legítimo por tres procedimientos.

- 1.- Por subsiguiente matrimonio de sus padres.
- 2.- Por rescripto imperial y,
- 3.- Por oblación a la curia.

El primero tenía lugar cuando el padre se desposaba con la concubina, siempre y cuando no hubiera impedimento legal, que hiciera imposible las nupcias, el efecto fundamental era equiparar al hijo legitimado con el nacido en *justæ nuptiæ*.

²⁰ ARIAS RAMOS, J., *ob. cit.*, pág. 765.

El segundo, permitió convertir en legítimos a los hijos habidos de uniones que no podían adquirir el rango de matrimonio, por haber impedimentos legales entre los padres, teniendo aplicación siempre y cuando el padre natural no tuviera hijos legítimos.

La legitimación por oblación a la curia, se realizaba cuando "el padre se hacía responsable de que su hijo aceptara la desagradable y arriesgada función de decurión, consejero municipal, que respondía con su propia fortuna del resultado de los cobros fiscales" ²¹

Esta oblación a la curia se fue transformando en un medio de legitimación.

La adopción

La institución a través de la cual una persona entraba a la familia de un *pater*, sometiéndose a su potestad sin que hubiera lazo alguno de parentesco natural, fue la adopción.

El objeto primitivo de la adopción, hacía que sólo un *paterfamilias* pudiera adoptar, no las mujeres, ya que éstas no tenían derecho a ejercer la patria potestad.

²¹ MARGADANT S, Guillermo F., *ob. cit.*, pág. 203.

Sin embargo, "por una constitución de Dioclesiano [sic], las mujeres pudieron adoptar para consolarse de los hijos perdidos"²², en el fondo era imagen de verdadera adopción, porque ni la mujer podía adquirir la patria potestad, ni el hijo hacerse agnado suyo.

La adopción en Roma, tiene un lugar muy importante, debido principalmente a los intereses políticos y religiosos.

Sin embargo este vocablo es genérico, pues hay dos clases, una es llamada adopción y la otra adrogación.

Son adoptados los que forman parte de una familia, los dependientes, y son adrogados los que son independientes, es decir los *sui iuris*.

Para llevar a cabo la adopción se exigieron dos actos, uno tendiente a extinguir la potestad del padre natural, y el otro destinado a que el padre adoptivo adquiriera la potestad paterna.

El primer acto se realizaba cuando el padre natural emancipaba al hijo, y el segundo procedimiento consistió en que el adoptante lo reemancipara ficticiamente, con lo que el hijo dejaba de estar sometido a mancipio.

²² ARGÜELLO, Rodolfo. *ob. cit.*, pág. 410.

Fue una forma que se permitió, porque en ocasiones la familia civil estaba expuesta a extinguirse, sea por la esterilidad de las uniones o bien por la descendencia femenina y entonces la adopción se imponía como una necesidad.

La adrogación

"la adrogación es designada así porque el que adroga es rogado, es decir interrogado, si quiere que la persona a la que va a adrogar sea para él el hijo según el derecho, y el que es adrogado, se le pregunta si consiente que así se haga" ²³.

Una vez realizada, el adrogado cae bajo la potestad del adrogante, y se integra a la nueva familia, perdiendo con ello los derechos de agnación de la antigua, en cuanto a sus bienes, estos pasan a poder del adrogante, excepto el usufructo.

La adrogación entonces consiste en la adopción de una persona *sui iuris*. Se le consideró una institución de importantes consecuencias, al grado de ser rodeada de solemnidades especiales en donde intervenía la Iglesia y el Estado.

²³ BRAVO GONZÁLEZ, Agustín. *Primer Curso de Derecho Romano*, Editorial Pax-México, 1981, pág. 147.

Es probable que la drogación sea el género de adopción más antigua; sus formas y caracteres primitivos permiten considerarla como contemporánea del mismo origen de Roma.

Extinción de la patria potestad

Por principio, la patria potestad romana tenía carácter perpetuo y, en consecuencia, la mayoría de edad del hijo no la extinguía.

Sin embargo, existieron causas que hacían imposible su ejercicio y con ellas se ponía fin a la autoridad paterna.

Entre aquellas podemos distinguir:

- 1.- Los acontecimientos fortuitos
- 2.- Los actos solemnes

Los acontecimientos fortuitos son;

a) "La muerte del jefe de familia, su reducción en esclavitud y la pérdida del derecho de ciudadanía"²⁴

²⁴ PETIT, Eugène, *op. cit.*, pág. 119.

Lo que significaba que el hijo sujeto a la autoridad paterna se hace *sui iuris*, sin perder sus derechos de agnado.

Por otra parte, si el padre está cautivo, la suerte de los hijos queda en suspenso. Pero si vuelve del cautiverio se admite que "no han cesado nunca de estar bajo su autoridad" ²⁵

Si muere en poder del enemigo, los hijos serían *sui iuris* desde el día de su cautiverio.

A estas causas de extinción de la potestad paterna se agregan otras, como la muerte del hijo *alieni iuris*, su caída en esclavitud y la pérdida del derecho de ciudadanía.

Éstas operaban de igual forma a las del padre, lo que significa que si es hecho cautivo y vuelve, se dice que la potestad paterna jamás ha sido interrumpida, pero si muere en campamento enemigo termina el día de su cautividad.

En cuanto a la elevación del hijo varón a sacerdote de Júpiter y la mujer a virgen vestal, se trataba del desempeño de funciones públicas de importancia, como si el hijo era designado miembro del consejo imperial, cónsul, prefecto del pretorio, etc.

²⁵ Loc. cit.

En cuanto a los actos solemnes se regulaban dos, la adopción y la emancipación, figuras a las cuales ya hemos hecho referencia.

Cuando el Derecho Romano suavizó su antiguo rigor, se imponía la pérdida de la patria potestad a los padres cuando:

- * Abandonaban o exponían a sus hijos
- * Cuando prostituían a una hija, y
- * A los que contrajeran unión incestuosa.

Después de haber apreciado la rigurosa patria potestad como lo hemos hecho, no hay que caer en error al juzgarla sólo por su aspecto exclusivamente jurídico, deduciendo de él la ausencia de todo afecto y de todo sentimiento en las relaciones de padre a hijo.

Hay que tomar en cuenta que para mantener unidad en el grupo familiar, el *pater* se encontraba investido de un conjunto de poderes que durante el desenvolvimiento del Derecho Romano se dulcificó, pero que fue necesario para que se conservara la estabilidad familiar, por tal razón se ejerció una autoridad llamada Patria Potestad.

A partir de entonces y a través de los tiempos se luchará por ir limitando la autoridad de los que ejercen la patria potestad para beneficio exclusivo no sólo del hijo, sino de la familia, y en consecuencia, de la sociedad de la que formamos parte todos.

2.- DERECHO ESPAÑOL.

Es hecho bien conocido que la legislación histórica española, respondiendo a concepciones de otras épocas, e inspirándose en el Derecho Romano, no fue, en términos generales, muy generosa con los hijos.

Pensamos que, aún en este periodo, no existe una verdadera regulación en la relación paterno-filial, aunque tampoco se da el vínculo de la patria potestad que en el Derecho Romano prevalecía.

Sin embargo, el concepto de la institución ha variado. Antiguamente se le concebía como poder, ahora se le comprende con la moderna noción de función.

Así, la patria potestad se transforma, lenta pero favorablemente en beneficio de los hijos, basta recordar que estos carecían absolutamente de personalidad, mientras que en la actualidad se les reconocen amplias facultades.

Algunos estudios del derecho, han admitido hoy generalmente, que es una institución natural, cuyas raíces se encuentran en la naturaleza, la que les confiere a los padres la obligación y el derecho de proteger y educar a sus hijos.

Para nosotros, no puede pasar inadvertido este pensamiento, que busca el bienestar del hijo sujeto a patria potestad, y que sin duda, obtendrá fuerza y repercutirá en la nueva regulación de este derecho que ha estado durante mucho tiempo restringido.

En efecto, la institución que nos ocupa, no es una potestad absorbente como la romana, en el derecho español es una autoridad tuitiva, la cual corresponde no en forma exclusiva al padre, puesto que también la ejerce la madre.

En este sentido, para su estudio, no vamos a intentar abarcar su total evolución, pretendemos más bien, resumir las notables peculiaridades que en la legislación española observamos.

La evolución histórica de la patria potestad, la conocemos por los estudios de los historiadores, que nos permiten contemplarla grosso modo, desde la España Visigoda, hasta la ley del Matrimonio Civil de 1870.

De la vida jurídica de los godos, sólo tenemos noticias aisladas, pues si bien durante bastante tiempo pudieron vivir de acuerdo a sus propias costumbres, también es cierto que en cuestión de patria potestad, la legislación española, continuó la influencia del ordenamiento romano.

Pero el sentido de nuestra institución se entiende como autoridad protectora, mezcla de derecho y de deber, en esta etapa, se establecen límites

a la patria potestad, la cual está muy lejos de revestir un carácter absoluto e inhumano.

Es importante señalar que, en la Colección de Códigos Españoles, en lo que se refiere a los Fueros Juzgo, de Castilla y Real, no encontramos una regulación de la institución que nos ocupa, sin embargo, el autor Enneccerus Ludwing en su Tratado de Derecho Civil²⁶ sí ubica a la patria potestad en el Fuero Real. Por nuestra parte ha sido sólo en las Siete Partidas en donde encontramos contemplada dicha figura de la cual más adelante trataremos. Así mismo, en las Leyes de Toro, la citada institución se contempla en la Cuadragésima Séptima Ley de manera sencilla, sin entrar al estudio de lo que la figura representa en sí.

"La ley *visigthorum*... y el Fuero Real... prohibían a los padres vender, donar o dar en prenda a sus hijos"²⁷, lo cual nos quiere decir que se combate el *ius vitæ acnecis*, o poder de vida y muerte que el padre ostentaba sobre él, se sancionaron además "la muerte y el infanticidio y el derecho de exposición"²⁸.

²⁶ *Supra*, Tomo Cuarto, Barcelona, sin año de publicación, pág. 47.

²⁷ Loc. cit.

²⁸ CASTÁN VÁZQUEZ, José María. *La Patria Potestad*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, pág. 26.

En términos generales, la doctrina romanística se conservó en España en las Leyes de Partidas, pero con restricciones; en ellas se reguló detenidamente la patria potestad, especialmente en los títulos 17 y 18 de la 4ª Partida, recogiendo la concepción del derecho Justiniano sobre la materia, lo cual suponía poner en práctica el riguroso poder antiguo.

En el Título 17 de las mencionadas Partidas, se establece que "Patria Potestas en latín, tanto quier dezir en romance, como el poder que han los padres sobre los hijos. E este poder es vn derecho atal, que han señaladamente los que bien, e se judgan segund las leyes antiguas" ...²⁹

Así mismo, los redactores se apresuraron a advertir el alcance de la terminología diciendo, que la palabra "latina potestas, susceptible de varios significados, se empleó en el de ligamiento de reverencia, e de subiección, e de castigamiento, que deve auer el padre sobre su fijo" ³⁰

De esta forma, aunque la patria potestad fue definida como poder y señorío, la regulación de las concretas facultades atribuidas al padre, denota que aquel poder era limitado. Así el derecho de vender o empeñar al hijo, sólo excepcionalmente se le confiere, esto es, en caso de verdadero estado de necesidad. "Quexando seyendo el padre de grand fambre, e aviendo tan gran

²⁹ *Código de las Siete Partidas, Colección Códigos Españoles, Tomo III, Madrid, Imprenta de la Publicidad, 1848. Ley I, Título XVII, pág. 499.*

³⁰ *Ibíd. pág. 119.*

pobreza, que non se pudiesse vender o empeñar sus fijos, porque aya de que comprar que coma"...³¹

Es decir, "El padre en la extrema necesidad, o por no morirse de hambre, puede vender a su hijo, ó darlo en prenda si le tiene en su potestad..."³², advirtiéndole que con ello se trata de evitar que ambos mueran.

Pero la regla general, es que el poder paterno se ejerza con moderación, proclamando que el derecho de corrección se ejerce con mesura y piedad.

Se sancionaba su desobediencia con la pérdida de la patria potestad. Esto era un avance de lo que pronto se empezaría a regular, una patria potestad limitada.

En relación con las causas de pérdida del poder paterno, el Título 18 de la Ley XVIII de las Partidas regulan que:

...quatro razones, por que pueden constreñir al padre, que saque de su poder a su fijo; como quier que diximos en las leyes ante desta, que lo non podrán apremiar que lo fiziesse. La primera es, quando el padre castiga el fijo muy cruelmente, e sin aquella piedad quel deve auer segund natura. Ca el

³¹ *Ibid.* pág. 502.

³² *Ibid.* pág. 119.

castigamiento es, si el padre fiziessse tan grand maldad, que diesse carreras a sus fijas de ser malas jugeres de sus cuerpos, apremiandolas sque fiziessen atan gran pecado. La tercera es, si un ome mandasse a otro, en su testamento alguna cosa, so tal condición, que emancipasse porende a sus fijos. Ca si recibiesse lo quel fuese mandado desta guisa, tenuto es de los emancipar; e si non quisiere, puedenlo apremiar que lo faga. La quarta es, si alguno porfijasse su antenado que fuesse menor de catorze años. Ca si este atal, desque pasare por esta edad, se fallare mal de su padrastro, porquel desgaste lo suyo, o en otra manera cualquier, deuelo mestrar al Juez; e si fallare el Juez que assi es deuelo apremiar que lo emancipe.³³

Empero, no son las únicas causas por las que la patria potestad se pierde, en el Título XXVIII de la Partida en comento, se señalan otras que van desde la emancipación, hasta la muerte natural del padre.

Al respecto, la Ley I señala que "por muerte natural se desfase el poderío, que ha el padre sobrel fijo...".³⁴ La misma Ley advierte el sentido de tal afirmación, esto es, si el que murió habfa salido ya del poder paterno, sus hijos se liberaban también, si no era así, estos quedaban en poder de su abuelo.

³³ *Ibid.*, págs. 509 y 510.

³⁴ *Ibid.*, pág. 504.

La ley VI establece que por cuestión de incesto los hijos salen de la patria potestad y esto sucede, cuando el hombre contrae matrimonio con parienta hasta el cuarto grado, con la que no podía casarse, o si se casare con una mujer religiosa.

De igual forma la ley XV prevé la terminación de la patria potestad a través de la figura de la emancipación de la que sencillamente se dice "*mancipatio* es otra manera... por que salen los fijos de poder de sus padres" ³⁵

Con ello se venía acentuando la convicción, de que la patria potestad es función establecida en beneficio de los hijos, mostrando a su vez repulsa en contra del uso arbitrario del poder paterno.

En Cataluña, la patria potestad se reguló según los principios del Derecho Romano, y en ese periodo no fue ejercida ni por la madre ni por los abuelos. Sin embargo, la Ley de Matrimonio Civil de 1870, la concedió en forma subsidiaria sólo a la madre, de esta forma, la patria potestad sobre los hijos legítimos, le corresponde al padre y en su defecto a la madre.

Por otra parte, en el reino de Aragón, numerosos autores han negado la existencia de la patria potestad, pero no han faltado quienes desmienten esa

³⁵ *ibid.*, pág., 508.

posición, al expresar que no es que no exista la institución, sino que no se encontraba organizada de acuerdo con los principios romanos.

Los aragoneses, estaban en contra del poder absoluto y despótico, ejercido por el padre sobre sus hijos, y estaban en favor de las disposiciones que los beneficiaran.

Respecto al ejercicio de la patria potestad por la madre, fue una cuestión discutida, llegándose a afirmar que no se conoció la autoridad paterna conjunta y solidaria de los padres, incluso, que no se otorgó el poder paterno subsidiario, situación que a otros autores causa extrañeza, quienes admiten el ejercicio de la Institución por la madre, porque en esta época tanto la mujer como el hombre, estaban considerados en un plano de igualdad, en todos los aspectos.

Por tanto, la doctrina aragonesa, sí acepta la patria potestad conjunta.

El Derecho Navarro coincide con el de la región vecina, al no admitir la patria potestad tal como la manejaban los romanos, sino que la ven como una autoridad natural.

En Vizcaya, la igualdad paterna y materna son muy trascendentes. También hay huellas importantes sobre la patria potestad conjunta y solidaria de los cónyuges. En caso de fallecimiento de alguno de estos, se aplica la tutela del padre supérstite.

Nosotros pensamos que, cuando el Código señala que la patria potestad le corresponde a la madre en defecto del padre, se está procediendo erróneamente puesto que se le otorga una potestad subsidiaria, y los fines de la familia deben realizarse dentro de una unidad, y por sus cualidades, los padres son insustituibles en sus funciones.

Por otra parte, la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos, le corresponde a los padres, la vieja ley que disponía que estos tenían el derecho de vida y muerte sobre sus hijos, ha sido cambiada para exigir que el castigo y la corrección sean ejercidos con bondad.

El límite al derecho del padre, tiene que encontrarse, más que en el Código Penal castigando al que golpea, hiera o maltrata a un niño, en la prudencia y en el sentimiento de humanidad, con que deben proceder para corregirlos.

Nosotros seguimos haciendo énfasis, en que la familia es unidad vital y base fundamental de toda la estructura social.

La familia, transmite al niño los valores, pautas, ideas y conceptos sociales, en ella se dan voluntaria o involuntariamente las normas, que al ser aprendidas y adoptadas por él, tienden a mantener el equilibrio de la sociedad, su socialización significa la continuidad social y cultural, tarea primordial de la familia.

Es en ella, en donde se tiene un fuerte contacto emocional con los padres, y ello constituye la primera y más importante identificación de su personalidad.

Los niños se desarrollan desde la primera infancia junto a sus padres, la madre cumple esencialmente un papel de apoyo emocional y seguridad, pues el padre está usualmente dedicado a sus actividades de trabajo fuera del hogar, por ello decimos que el modelo a seguir se encuentra en el interior de éste, y la familia se encarga de reproducirlo y de transmitirlo.

Pero no es su única función, la familia, además, proporciona estabilidad a la personalidad adulta, las relaciones entabladas en el interior de ella, constituyen un apoyo emocional para el individuo adulto, es decir, en un medio social caracterizado por la competitividad, elementos como la lealtad, el afecto y el apoyo recíproco, son factores primordiales de subsistencia emocional, y la familia los brinda.

El rompimiento de la unidad familiar, su desorganización, disolución o fractura nos preocupa y pensamos que hoy en día aún existen normas jurídicas que contribuyen a su inestabilidad, éstas son el ejemplo más claro de la desintegración familiar que provocan desajustes y tensiones, tanto en adultos como en niños, estas causas, deben ser evitadas.

3.- DERECHO FRANCÉS.

En los últimos años se han venido realizando, en Francia, importantes reformas al derecho de familia. Como ejemplo de tal afirmación podemos citar las leyes de 1964 y 1966, cuyas reformas comprenden el aspecto de la tutela y adopción, llegando a formar con éstas el nuevo ordenamiento del derecho de familia en lo concerniente a la protección y guarda de los menores e incapacitados.

b) Es para nuestro estudio, sin embargo, la Ley Francesa del 4 de junio de 1970 la que modifica en su totalidad los artículos del Código Civil, en el capítulo correspondiente a la patria potestad y a otras normas legales relacionadas con esta institución, como lo expondremos enseguida.

Respecto a la historia de la patria potestad, nos dice el autor Laurent F., "circunstancias históricas contribuyeron a dividir a Francia en una multitud prodigiosa de sociedades pequeñas, de las que cada una tenía un derecho diferente" ³⁶ en aquel entonces representaba un papel considerable la división de la antigua Francia en país de derecho escrito y país de derecho no escrito. En el primero imperaba el Derecho Romano, toda vez que las ideas y costumbres romanas habían puesto profundas raíces, a pesar de ello no se tiene que

³⁶ LAURENT F. *Principios de Derecho Civil Francés*, Vol. I., México, 1989, pág. 8.

aceptar forzosamente la observancia del derecho de Roma en todo su rigor, por haber sido aceptado más bien a título de privilegio que a título de Ley.

Aunque las constituciones de los emperadores y la jurisprudencia de los parlamentos atenuaron su rigor, las reglas primitivas subsistieron, básicamente en lo que se refiere a que la patria potestad nunca perteneció a la madre, se prolongaba indefinidamente sin importar la edad del hijo y, éste no podía adquirir bienes, por cuenta propia, ni celebrar contrato de mutuo.

Al norte de Francia el derecho no escrito dominaba, puesto que las costumbres de origen germánico se seguían, toda vez que las provincias del norte padecieron la invasión de los bárbaros lo cual dio origen al elemento alemán.

En la citada provincia consuetudinaria las tradiciones fueron diferentes, la organización principal se basó en la protección del hijo, para ello, los padres estaban investidos de la patria potestad, misma que fue temporal pues terminaba con la mayoría de edad del hijo.

Otra característica importante, que separaba aún más a las dos partes de Francia es la referida al aspecto familiar, toda vez que el poder de los padres conservó un aspecto familiar de hecho, es decir sin reglas jurídicas, porque aquí todo dependía de la práctica y de las costumbres.

Finalmente, en materia de patria potestad, las regiones de derecho escrito aceptaron la tradición romana, mientras que en las de derecho no escrito se rehusaban a seguir dicha tradición, porque para ellos significaba la inexistencia de la institución, con esto no queremos decir que carecían de poder sobre la persona y bienes de los hijos, sino que la concepción de la patria potestad admitida no era la misma que la del Derecho Romano.

El Código Napoleón reguló en su día a la patria potestad en los artículos 371 a 387, fueron a lo largo del siglo muchas las leyes que reformaban artículos referentes a esta institución, pero fue en la Ley de 1970, cuando con mayor esplendor se realizó la transformación sin duda preparada desde tiempo atrás, cuyo objetivo principal era modificar su régimen.

El término *"puissance paternelle"* que había recogido el Código Napoleón, tomándolo de las regiones de Derecho escrito y en contra de las del Derecho no escrito, ha desaparecido oficialmente en 1970 del Derecho Francés³⁷

Fue sustituido oficialmente el término empleado, para utilizarse en adelante el de *"autorité parentale"* en todos los preceptos legales advirtiéndose que cuando se hiciera mención del término anterior, éste sería reemplazado por el actual.

³⁷ CASTÁN VÁZQUEZ, José María. *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXIV, fascículo III, julio-septiembre de 1971, Madrid, España, pág. 974.

Al parecer este cambio terminológico ya se esperaba, pues la legislación suavizaba la institución dejándola desprovista de todo carácter de poder.

Un importante alcance parece haber tenido la elección terminológica, por un lado la voz "*autorité*" suple a la de "*puissance*", eliminando de raíz el matiz de poder que correspondía a una concepción que se estima superada.

Por otro lado, la voz "*paternelle*" se sustituye por "*parentale*", expresión que ya no le corresponde en exclusiva al padre sino que pasa a constituir lo compartido por los padres.

Actualmente creemos que la patria potestad se perfiló de modo uniforme, configurándose como un amplio derecho subjetivo único porque agrupa las facultades de los padres en un concepto único.

En este sentido, nosotros pensamos y apoyamos la idea de que se trata de un derecho común de los padres que debe ejercitarse conjuntamente.

En definitiva, la ley vino a consagrar la coparticipación al proclamar que durante el matrimonio el padre y la madre ejercerán en común su autoridad.

Igualmente se prevé la terminación de la autoridad conjunta en los casos siguientes:

- 1.- Incapacidad (al no manifestar su voluntad por razón de incapacidad, ausencia, etc.)
- 2.- Si ha consentido en delegar sus derechos.
- 3.- Si ha sido condenado por abandono de familia.
- 4.- O por haberse dictado una sentencia de privación de sus derechos.

Además se señala, que en caso de fallecer uno de los cónyuges o de encontrarse comprendido en alguno de los supuestos anteriores, el ejercicio de la autoridad será entregado al otro, y que en caso de divorcio la autoridad la ejercerá aquél "a quien en tribunal haya confiado la guarda del hijo, quedando a salvo el derecho de visita y de vigilancia del otro".³⁸

Por otra parte, se admite que la patria potestad es irrenunciable, porque entrañando una función y suponiendo un deber, la renuncia del padre supondría el incumplimiento del deber de protección que le está atribuido.

Asimismo, la patria potestad constituye una de las bases de la familia y es parte integrante de las personas, por tal motivo no puede ser ampliada ni reducida por voluntad de los interesados.

³⁸ CASTÁN VÁZQUEZ, José María, *ob. cit.* pág., 978.

En lo que se refiere a la privación y suspensión de la autoridad de los padres, las mencionadas reformas de 1970, la prevé en las siguientes situaciones:

A) Una disposición expresa sobre privación de la autoridad, puede ser mediante sentencia penal dictada al padre o a la madre por ser condenados como autores o cómplices de crimen o delito cometido sobre la persona de su hijo, o como coautores o cómplices de crimen o delito cometido por el hijo.

B).- Los padres pueden ser privados sin condena penal por malos tratos, ya por ejemplos perniciosos de embriaguez habitual, mala conducta o delincuencia, por falta de cuidados o de dirección y pongan en peligro la seguridad, la salud o la moralidad del hijo.

C) Los padres que durante más de dos años se hayan abstenido voluntariamente de ejercer los derechos y cumplir los deberes que la ley les confiere, pueden ser privados de su autoridad.

Respecto a estos incisos, ¿será necesario aún en nuestros días establecer una disposición jurídica que ponga un límite a los abusos cometidos por los padres?

¿No es cierto que quien está en el ejercicio de la patria potestad lo está para brindar protección y cuidado a un menor?

Sin embargo tal parece que sí es necesario poner un límite a quien abusa de esta facultad, porque a nuestra vieja mentalidad jamás se le ocurriría imaginar que el daño lo recibe un ser humano, aunque finalmente un castigo impuesto al menor, no es peor que verse abandonado por sus padres, y en este sentido valdría la pena preguntarse ¿quién sale más perjudicado? ¿El padre, o el hijo?

La Ley Francesa del 4 de junio de 1970, constituye realmente una de las más importantes reformas hechas al articulado del Código Civil, con ella la institución de la patria potestad ha experimentado considerables modificaciones, las que han comenzado, como hemos visto, con el nombre de la institución.

No faltarán argumentos que sostengan improcedente o innecesaria la anterior supresión del término, sin embargo la institución existe en Francia como en todos los países, toda vez que constituye una función natural que no puede desaparecer, pero sigue conservando en definitiva las facultades esenciales para el ejercicio de la autoridad que se sigue reconociendo a los padres sobre los hijos.

4.- DERECHO MEXICANO.

Con el estudio de este capítulo, pretendemos lograr dos objetivos: uno, esbozar la progresión legislativa mexicana. Para lo cual nos remontaremos a las primeras manifestaciones de leyes escritas que hayan influido notablemente en la formación de nuestra legislación.

El otro objetivo, es que una vez realizada la reseña de la codificación de leyes mexicanas, encontremos en ellas antecedentes que nos indiquen la forma en que, jurídicamente, estuvo regulada la institución de la patria potestad y, de esta manera efectuar un estudio comparativo entre las diversas legislaciones que prevalecieron en nuestro país y que en la actualidad siguen regulando nuestras vidas.

Durante mucho tiempo atrás, la preocupación de los países por reunir en textos oficiales las disposiciones jurídicas que cada uno de ellos en su respectivo país dicta, ha trascendido considerablemente en la historia de nuestra patria.

Si la historia de la codificación legislativa mexicana quisiéramos buscarla sólo en la época precortesiana, en realidad no podríamos encontrar verdaderos antecedentes de nuestro derecho actual, si bien es cierto como se afirma que el Derecho Mexicano es de filiación española, debe serlo por consiguiente

también europea, dada la influencia que tuvo el Código Civil de los Franceses para la elaboración de nuestro primer Código Civil.

Sin embargo, es menester hacer alusión a los años en que la nación mexicana, en virtud de haber vivido durante más de tres siglos bajo la dominación colonial de la monarquía española, no pudo formar su individualidad estatal y jurídica sino hasta después de la adquisición de su independencia.

En 1821, una vez que se produjo la independencia de México, los nuevos poderes del estado no tuvieron más remedio que aceptar la legislación hispánica colonial con el objeto de mantener la vida jurídica del país, pues la Nación no estaba preparada para sustituir esta legislación por otra más adecuada a la nueva forma de gobierno y a la idiosincrasia del país que era lo más importante, dichas disposiciones fueron aceptadas aunque al principio fueron contrarias al espíritu y forma de la nueva Nación independiente.

La redacción de un Código era ya una necesidad imperante que se venía sintiendo años antes de la propia independencia.

CÓDIGO CIVIL DE OAXACA. 1827.

Era el año de 1825, cuando en cumplimiento a lo dispuesto por la constitución de 1824, el estado de Oaxaca expide su constitución, la que ordenó se elaborara un código civil, en cumplimiento a tal mandato, el estado de Oaxaca se dio a la tarea de preparar dicho código.

"Resulta indiscutible y por ello absoluto y del todo innegable que al ordenamiento oaxaqueño le sirvió de modelo el famosísimo Code Civil de Napoleón..."³⁹ nos dice el profesor Raúl Ortiz Urquidí en su libro "Oaxaca, cuna de la codificación Iberoamericana", el cual consta de tres tomos sucesivos: el primero corresponde al estudio de las personas, el segundo trata de los bienes y el tercero de la propiedad.

En el primer libro se regula a la patria potestad, del artículo 231 al 244.

Dicho ordenamiento jurídico establece el principio de honor y respeto que un hijo sin importar la edad debe tener hacia sus padres, a su vez el hijo permanece bajo la patria potestad de su padre hasta su mayoría de edad o emancipación, que en aquel entonces era a los veintiún años.

No es difícil reconocer que la influencia del Derecho Romano ha sido determinante en la historia de la codificación mexicana, y se ve aún más reflejada cuando la patria potestad se otorga al padre y sólo en caso de muerte o ausencia de éste, la madre podrá ejercer dicha autoridad.

Una situación que nos llama poderosamente la atención, es la relativa al castigo que podía aplicarse al hijo cuando se hace merecedor de una pena por

³⁹ *Supra*, Editorial Porrúa, 1974, pág. 20.

una falta cometida, la que se contempla en el artículo 236 que literalmente dice:

"Si los hijos cometiesen desórdenes que merezcan un castigo más serio, su padre o madre podrán hacerlos arrestar desde un mes a tres. El alcalde del domicilio dará la orden de arresto en virtud del requerimiento del padre o madre; quienes quedarán obligados a ministrar al hijo arrestado los alimentos convenientes" ⁴⁰... quedando al arbitrio de los padres la facultad de aumentar o disminuir el tiempo de arresto.

Con el artículo 244 termina la reglamentación de la patria potestad, sin encontrar dentro de su regulación modos de acabarse o suspenderse la institución en comento.

CÓDIGO CIVIL DE ZACATECAS.- 1829

En el año de 1827, se promulgaron el Título y Libro Primero del Código Civil Oaxaqueño, la institución codificadora llevó al gobernador de Zacatecas "Don Francisco García a nombrar una comisión" ⁴¹ que se encargara de la elaboración de un proyecto de Código Civil para ese estado.

⁴⁰ ORTIZ URQUIDI, Raúl, *Supra*, Editorial Porrúa, 1974, pág. 149.

⁴¹ VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro. "Jurídica", *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, N° 4, julio 1972, México, pág. 395.

Al parecer, con fecha 1º de diciembre de 1828, fue expedido un primer proyecto de Código Civil para el estado de Zacatecas, "de la cual parece desprenderse que las obras en que se inspiró fueron el Código, el Digesto, las Partidas, el Código de Napoleón..."⁴²

Después de que el proyecto se terminó, es decir un 4 de febrero de 1829, por mandato del Congreso aquella entidad se ordenó que se imprimiera, publicara y circulara.

Sin embargo, hay datos que indican que no llegó a entrar en vigor por estar en espera de la promulgación de un código de procedimientos civiles según disposición del artículo 1825 del proyecto.

LEYES DE REFORMA. 1857.

De la revisión efectuada a las leyes de Reforma, las cuales corresponden a los Gobiernos de Ignacio Comonfort y Benito Juárez, se pudo verificar que 48 de las leyes se produjeron bajo el gobierno del primero y 126 durante la Administración del segundo.

Cabe señalar que 19 de las disposiciones que fueron recopiladas, se refieren a la intervención de los bienes eclesiásticos de Puebla y a la desamorti-

⁴² VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro. *op. cit.*, pág. 396.

zación de bienes de corporaciones, suscritas por Don Ignacio Comonfort, "a quien también tocó promulgar como presidente [sic], la Constitución redactada por el Congreso" ⁴³, las demás leyes se deben a don Benito Juárez y a sus ministros.

Por otra parte, en el presente trabajo de investigación hemos mencionado a las Leyes de Reforma, por ser parte de la progresión legislativa de nuestro país, pero sin que en ellas hayamos encontrado reglamentación alguna sobre la patria potestad.

PROYECTO DE DON JUSTO SIERRA. 1861.

Benito Juárez, en uno de sus primeros actos como jefe del Estado Mexicano, comisionó al doctor Don Justo Sierra O'Reilly, la elaboración de un nuevo ordenamiento jurídico que regulara las relaciones entre los ciudadanos; realmente un gran esfuerzo de codificación fue realizada por el entonces presidente Juárez, al encomendar dicha labor.

La obra ya concluida, fue entregada el 18 de diciembre de 1859, para que la Comisión seleccionada la revisara, la citada obra fue examinada y después de una ardua labor, concluyó su trabajo durante el imperio de Maximiliano.

⁴³ *Leyes de Reforma, Empresa Editores, S. A., México, D.F., 1955, pág. 9.*

Fueron sólo los dos primeros libros del Código los que se pusieron en vigor el 6 y el 20 de julio de 1866.

CÓDIGO CIVIL DEL IMPERIO MEXICANO. 1866.

El autor Rodolfo Batiza, en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado, relata la forma en que se llevó a cabo la elaboración de este Código, él nos indica que "en un día como enero del año de 1862 fueron llamados al Ministerio de Justicia los licenciados José M. de Lacunza, Pedro Escudero, Fernando Ramírez y el propio licenciado Méndez"⁴⁴ para saber su opinión sobre el proyecto de Don Justo Sierra, pidiéndoles que indicaran en la mejor forma posible los artículos que pudieran modificarse de tal cuerpo legal.

Ellos aceptaron, hablaron en la siguiente reunión de la necesidad de formar la comisión y realizar el trabajo encomendado, empezando en 1862 y terminando un año después.

Del proyecto de Don Justo Sierra se aceptaron y modificaron varios artículos, otros más se adicionaron y en algunos sólo cambiaron los conceptos, el Código Civil del Imperio alcanzaba unos tres mil artículos y se dividía en cuatro libros.

⁴⁴ *Supra*, Nueva Serie, Año XIV, Número 41, Mayo-Agosto de 1981, pág. 574.

En aquel entonces, la vida política del país fue una etapa difícil, pasaron tres años y el Código Civil del Imperio sólo fue conocido como uno de los proyectos que la Comisión redactora del Código Civil de 1870 había tomado como fuente.

Aún sin haber recibido reconocimiento oficial alguno el Código Civil del Imperio Mexicano, constituye el elemento principal en la integración del Código Civil de 1870, pues éste representa unas tres cuartas partes de sus artículos.

CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE VERACRUZ LLAVE 1867.

Es muy probable que este Código, dada la cercanía de su publicación con la del de 1870, no haya llegado a aplicarse, o a lo sumo haya tenido una efímera existencia.

Lo cierto es, que la patria potestad materia de nuestro estudio, la encontramos regulada en el supracitado ordenamiento jurídico en el Título VIII, el cual se denomina así, "De la Patria Potestad" mismo que se divide en tres capítulos.

El capítulo primero trata de los efectos que tiene la institución respecto de las personas de los hijos, el segundo acerca de los efectos que tiene sobre los bienes del menor y el tercero de los modos de acabarse y suspenderse dicha institución.

Creemos necesario explicar, que las disposiciones halladas sobre patria potestad en este Código, son sensiblemente semejantes a las contempladas por el Código Civil de 1870, las cuales en obvio de repeticiones innecesarias y por economía procesal serán estudiadas en la parte relativa al Código de 1870.

Basta señalar que el Código Civil de Veracruz Llave, en el artículo 378, a diferencia del multicitado Código Civil de 1870 indica, que las formas de perder la patria potestad serán:

- I.- "Cuando el que la ejerce, es condenado a alguna pena que importe la pérdida de ese derecho.
- II.- En los casos de divorcio, cuando el cónyuge culpable es el que la ejerce" ⁴⁵

De igual forma, aquí se contemplan sólo tres casos por los que la patria potestad se suspende y estos se refieren a la incapacidad declarada judicialmente, ausencia y por sentencia condenatoria.

El Dr. Don Justo Sierra explica, que para su realización se basó "en las discusiones del código civil francés, los comentarios del Sr. Rogron, los códigos de la Luisiana, de Holanda, de Vaud, de Piamonte, de Nápoles, de Austria, de

⁴⁵ Supra, México, D. F., 1927, pág. 56.

Baviera y de Prusia comparados con el francés; y sobre todo el proyecto de Código Civil español, sus concordancias con nuestros antiguos códigos..."⁴⁸

Además expresa, que en materia de patria potestad substituyó a la madre a falta del padre, en todos los derechos, que a éste le correspondían, porque consideró que no hay nada más justo y digno que los derechos de la maternidad tengan la debida importancia.

En efecto, la patria potestad se reguló en tres capítulos que tratan de los efectos que tiene sobre los hijos, sobre los bienes y de los modos de acabarse, perderse y suspenderse la citada institución, respectivamente.

CÓDIGO CIVIL DE 1870.

El Código Civil de 1870 fue redactado por una comisión que tomó como base el proyecto de Don Justo Sierra, quien a su vez se inspiró en el proyecto del español Don Florencio García Goyena con principios del Código Civil Francés.

Las Modificaciones que introdujo, fueron en materia de familia y se refieren a las actas de nacimiento, matrimonio, adopción y defunción, mismas que fueron reguladas por la Iglesia, es decir, pertenecían al Derecho Canónico, por tanto en lugar de actas de nacimiento teníamos las de bautizo y los

⁴⁸ Proyecto de un Código Civil Mexicano, 1861, pág. 45.

cementerios eran campos-santos, quien moría fuera de la Iglesia no podía ser sepultado en ellos.

El 13 de diciembre de 1870, se decreta y aprueba el Código Civil para el Distrito Federal y la Baja California, siendo presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos Benito Juárez, el citado Código comenzó a regir a partir del 1º de marzo de 1871, quedando desde esa misma fecha derogada toda la legislación anterior.

La regulación de la patria potestad se contempla en el Título Octavo, del artículo 389 al 420, inicia con el principio de honor y respeto que los hijos les deben a los padres, sin importar para ello la condición, edad ni sexo.

Establece que los menores de veintiún años son las personas sujetas a la patria potestad, y que es ejercida sobre los hijos legítimos, legitimados o reconocidos.

Enseguida, el artículo 392 contempla que el ejercicio de la multitudinaria institución le corresponde en estricto orden a:

- I.- el padre
- II.- la madre
- III.- abuelo paterno
- IV.- abuelo materno
- V.- abuela paterna
- VI.- abuela materna ⁴⁷

Para su ejercicio, en caso de muerte, interdicción o ausencia del llamado preferentemente, entrará quien le siga en el orden establecido.

Es necesario señalar que a quien ejerce este derecho le incumbe también la obligación de educar convenientemente al menor.

Los efectos de la patria potestad se encuentran en el capítulo II y trata de los bienes del hijo, en el referido capítulo se reglamenta que quien ejerce la función de la patria potestad será el legítimo representante y administrador legal de los bienes que pertenezcan al hijo.

⁴⁷ DUBLÁN Y LOZANO, *Legislación Mexicana*, Tomo II, 1870, pág. 228.

El capítulo tercero se refiere a los modos de acabarse y suspenderse la institución de la patria potestad, para ello el artículo 415 señala que:

"La patria potestad se acaba

- 1.- Por muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.
- 2.- Por la emancipación
- 3.- Por la mayor edad del hijo." ⁴⁸

"Respecto a la forma de perderla, sucede:

- 1º.- Cuando el que la ejerce, es condenado a alguna pena que imponga la pérdida de ese derecho.
- 2º.- En los casos señalados por los artículos 268 y 271." ⁴⁹

Es decir el Tribunal puede privar del ejercicio de la patria potestad al que la ejerce por tratar con demasiada severidad, por no educarlos convenientemente, por imponerles preceptos inmorales o por darles ejemplos y consejos que los puedan corromper.

Y, la patria potestad se suspende:

- "1º Por incapacidad declarada judicialmente en los casos 2º y 3º del artículo 431.

⁴⁸ *Ibid.* pág. 230.

⁴⁹ *Loc. cit.*

2º En el caso 1º del artículo 432 en cuanto a la administración de los bienes.

3º Por ausencia declarada en forma.

4º Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión".⁵⁰

En este Código, se contempla la posibilidad de renunciar al ejercicio de la institución en estudio, la que recaerá en el ascendiente que corresponda según la ley, pero una vez renunciada no podrá recuperarse.

La siguiente disposición señala que la madre o la abuela viuda que den a luz un hijo ilegítimo, pierde por este solo hecho los derechos que el artículo 392 le concede.

Asimismo, otra causa que hace perder esta potestad sucede cuando la madre o la abuela contraigan por segunda ocasión nupcias, y si no hubiera persona en quien ejerza este derecho de acuerdo con la enumeración anteriormente citada, se procederá a la tutela, misma que no podrá recaer en el segundo esposo.

Sin embargo el hecho de contraer nupcias por segunda ocasión hace perder la patria potestad, pero existe la posibilidad de recobrarla cuando hayan enviudado.

⁵⁰ Loc. cit.

CÓDIGO CIVIL DE 1884.

La Comisión redactora del Código Civil de 1884, en realidad fue revisora del ordenamiento de 1870, dicho Código se promulgó por el entonces presidente Manuel González, el 31 de marzo de 1884 y entró en vigor el 1º de junio de ese mismo año.

Realmente entre el Código de 1870 y el de 1884 no existe una diferencia esencial sino modificaciones de mera forma.

"Este código estuvo en vigor desde el 1º de junio de 1884, hasta el 1º de octubre de 1932, en que entró a regir el código actualmente vigente, conocido como el código de 1928, por ser en este año en el que se publicó y se dio a conocer." ⁵¹

Sin embargo, desde antes de su abrogación, el Código Civil de 1884 sufrió modificaciones al advenir la Revolución de 1910, toda vez que el derecho de familia dejó de aplicarse siendo sustituido por la Ley Sobre Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917.

⁵¹ AGUILAR GUTIÉRREZ, Antonio. *Panorama de la Legislación Civil en México*, Imprenta Universitaria, México, 1960, pág. 5.

En el Código Civil de 1884 la patria potestad estuvo regulada en el Título VIII, cuyo capítulo primero se refiere a los hijos.

Con anterioridad se mencionó, que entre el Código de 1870 y 1884 no existen grandes modificaciones, se conservó en ellos la mayoría de edad a los veintiún años.

Por otra parte, los preceptos relativos al honor y respeto que se les debe a los padres continúan, como también siguen establecidos en el mismo orden las personas que ejercen la patria potestad, la facultad de corrección moderada y el auxilio que prestará la autoridad para corregir al menor.

En el segundo capítulo se encuentran modificaciones en cuanto a la división que el código hace de los bienes, el anterior los dividía en cinco, éste en seis.

Las disposiciones ulteriores, continúan en forma textual que en las del Código de 1870; sólo varía el número progresivo de los artículos.

LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES. 1917.

La Ley sobre Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación los días 14 de abril al 11 de mayo de ese

mismo año, siendo Don Venustiano Carranza jefe del ejército constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo de la Unión.

Con la mencionada ley, por primera vez se codifican por separado los intereses civiles y familiares, pensamos que el motivo que contribuyó a la desunión, fue el querer elevar a la familia sobre bases racionales y justas, para que los consortes pudieran cumplir la misión de propagar y fundar a la familia en forma eficaz.

Era entonces necesario cambiar conceptos viejos aceptados en la institución de la patria potestad, por otros que fueran acordes a la realidad.

Creemos que la familia en Roma fue vista como una institución política, de ahí el porqué estuvo constituida sobre bases de autoridad absoluta delegada al *paterfamilias*, quien por lo tanto tenía poder omnímodo, afectando con ello a la mujer, porque al caer ella bajo la patria potestad del esposo, quedaba como hija, nulificándole autoridad para cumplir con los deberes de la familia.

Conceptos que influyeron negativamente en la institución familia y que fue motivo de regulación en la Ley Sobre Relaciones Familiares; el legislador sabía de la situación de la mujer mexicana, toda vez que fue víctima de explotaciones inicuas y se pensó en la forma de evitar que en el futuro siguiera siendo perjudicada.

Como también era necesario proteger a los hijos, en contra de la mancha infamante que de ellos hicieron las leyes, al imponerles el calificativo de

espurios y tantos otros que la ley arrastró hasta ese tiempo, y que no era justo que la sociedad los estigmatice a consecuencia de faltas que no les eran imputables.

En realidad si se hubiera querido castigar a alguien, la clasificación se las hubieran puesto a los padres infractores y no a los hijos, que en definitiva sólo son producto de sus desórdenes emocionales.

Por otra parte, se definió que el ejercicio de la patria potestad se realizara conjuntamente por los padres y en defecto de estos por abuelo y abuela.

Así, las razones expuestas y aún otras demostraron la conveniencia y necesidad urgente de una reforma en materia familiar.

CAPÍTULO III.

FUNCIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD EN NUESTRO DERECHO ACTUAL.

I.- DEFINICIONES

- 1) FAMILIA.**
- 2) EMANCIPACIÓN.**
- 3) PATRIA POTESTAD.**

II.- FUNCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

- 1) PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.**
- 2) PERSONAS SOMETIDAS A PATRIA POTESTAD.**
 - a) HIJOS NACIDOS DE MATRIMONIO.**
 - b) HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO.**
 - c) HIJOS ADOPTIVOS.**
- 3) DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.**
- 4) EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS BIENES DEL MENOR.**
- 5) INTERVENCIÓN DE LA AUTORIDAD JUDICIAL.**

I.- DEFINICIONES.

1) FAMILIA

Aún sin superar la dificultad que ofrece la definición de la familia, ni expresar inequívocamente su composición, ya que el concepto no está contemplado dentro de nuestro Código Civil, hemos optado por una de las acepciones antes expuestas, se dijo que... "La familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad, que habiten bajo el mismo techo" ⁵².

En este sentido jurídico amplio, han quedado comprendidos aquellos individuos que resultan de relaciones conyugales autorizadas por la ley (familia legítima); los que procedan de la unión del hombre y la mujer libres de matrimonio que hacen vida en común como si estuvieran casados (concubinato), a este respecto, el concubinato es un medio de formación o de creación de una familia, y aunque se ha analizado como un problema social, en nuestra sociedad mexicana hay un gran número de familias que se fundan en éste, por

⁵² GUITRON FUENTEVILLA, Julián, *ob. cit.*, pág. 24.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

otra parte, con tal definición no pretendemos equiparar el concubinato al matrimonio, porque estamos convencidos que lo que aporta estabilidad, seguridad y hace más propicio el ambiente a los afectos y respetos recíprocos, se da en el matrimonio, sin embargo, no podemos desconocer esta forma de vida, tan es así, que el Código Civil de 1928, en la exposición de motivos habla de reconocerlo y reglamentarlo de manera integral, aunque en los artículos correspondientes vemos que han quedado algunas deficiencias de esta figura; no obstante lo anterior, la legislación no desconoce esta unión, y al efecto dicta normas que coadyuvan a la solución que requiere la situación de hecho producida.

Asimismo, han quedado comprendidas dentro de esta definición los sujetos que están unidos por un parentesco llamado adopción.

Así, la familia es una institución, porque está establecida o fundada obedeciendo a una necesidad natural y social, enraizada en la organización de la sociedad, de esta manera es una agrupación total que abarca la vida entera del hombre y dentro de la cual se cumplen los fines fundamentales de la vida.

2) EMANCIPACIÓN.

De su significado primitivo, reducido propiamente a eximir el padre a su hijo de la patria potestad, ha pasado a expresar la liberación efectiva de

cualquier sujeción en que se estuviese y aún a cifrar la tendencia sea o no legítima hacia la libertad.

Sus múltiples acepciones, las cuales se refieren a la emancipación de la esclavitud, de la tiranía, de las castas, de la mujer, del pensamiento, etc., se aplica tanto a individuos como a comunidades.

En nuestro vigente Código Civil, la emancipación es uno de los modos de acabarse la patria potestad, los otros son con la muerte del que la ejerce si no hay otra persona en quien recaiga, y por la mayor edad del hijo.

El Código Civil dedica a la emancipación el Capítulo I del Título Décimo, artículos 641 y 643, toda vez que los preceptos legales 642, 644 y 645 están derogados y de acuerdo con dichas disposiciones la emancipación es todo un derecho, por lo que una vez concedido no puede ser revocado.

En consecuencia, a la luz del Código Civil, podríamos definir a la emancipación como la terminación de la patria potestad, que conforme a la ley opera cuando un menor de dieciocho años contrae nupcias.

Los efectos generales de la emancipación consisten en que el menor no vuelve a recaer en la patria potestad, tiene la libre administración de sus bienes aunque requiere de autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecarlos y requiere de un tutor para negocios judiciales.

3) PATRIA POTESTAD.

El concepto imperante en el Derecho Romano sobre la patria potestad, difiere completamente del que preside nuestra legislación.

La patria potestad no es un poder absoluto, junto a la familia existe la ley, la que debe protección a los hijos y tiene interés en que ni su moralidad, ni su salud sean comprometidas. Cuando a ella nos referimos, la describimos tal como se encuentra estructurada aquí y ahora, es decir en nuestro país y en la época actual.

En nuestro derecho positivo, la institución de la patria potestad está legislada en el Código Civil en el Título Octavo, Capítulos I, II y III, artículos 411 al 448.

En el artículo 412 se establece que "los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad, mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley."⁵³

No obstante que en dicho precepto legal no se define a la institución objeto de nuestro estudio, se observa que el legislador la contempla como una función tutelar.

⁵³ Código Civil para el Distrito Federal, *ob. cit.*, pág. 120.

De lo que antecede, resulta que la patria potestad no se otorga a quienes la desempeñan para su beneficio, sino que es una función que tiende a la protección de los hijos y de la familia.

II.- FUNCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

Es frecuente mencionar y escuchar que la familia es el pilar fundamental de la sociedad y aceptamos que lo es, pero no olvidemos que además es una institución creada por el amor, protegida por el matrimonio, misma que es regulada por el Derecho a través de los fines del matrimonio civil.

Del amor que exista en la familia depende el bienestar, equilibrio o destrucción de la sociedad. El futuro de nuestra Patria depende de la vida recta y llena de amor de los padres, con cuyo ejemplo crecerán sus descendientes, portadores de grandes beneficios en un porvenir no lejano.

Pero desafortunadamente, el ser humano egofsta y materialista ha descuidado el amor hacia los demás, provocando con ello la incomprensión. Alejamos de nuestra mente todo lo que nos rodea para concentrarnos en el yo, sin percatarnos de la importancia de vigorizar a la familia, por ser base de la sociedad.

Deberíamos meditar que lo importante no es formar una familia, sino hacer una familia espléndida, recta y moral para bien y provecho de la sociedad.

He ahí la importancia de regularla adecuadamente, muchas veces hemos sido testigos de disposiciones legales tendientes a inferir a la familia grave daño, por lo que la misión del Jurista será regularla con el tacto más extraordinario.

La patria potestad es una institución de orden público, establecida por el derecho que nace de la relación paterno filial, generando deberes y obligaciones para quienes la ejercen.

La ley acertadamente regula, que el deber de proteger y cuidar a los hijos no depende exclusivamente de la existencia del vínculo matrimonial, sino de la procreación y adopción, imponiendo a los padres la obligación de educarlos en forma sensata, justa, verdadera y comprensiva, para encauzar adecuadamente a las nuevas generaciones.

La patria potestad ya no es un poder, se ha convertido en una verdadera función que ha evolucionado, perdiendo el carácter autoritario del Derecho Romano y se ha convertido en una institución destinada a proteger al menor.

La finalidad de la institución es reconocida y apoyada por todos, inclusive la autoridad brinda el apoyo para que se desarrolle y cumpla el fin propuesto.

En los derechos del mundo occidental, está visiblemente entendida la concepción de la patria potestad como una función atribuida al padre para

protección de los hijos, por lo tanto ésta, debe ser la institución jurídica que coadyuve con los padres a su ejercicio.

A su vez, los padres deben educar al niño tanto en el plan intelectual como en el espiritual, ayudados por una educación moral que guíe a la inteligencia.

De tal manera que la patria potestad es un medio para el cumplimiento del deber, sin embargo, el concepto de la institución no se agota en los deberes que impone a los padres, ni en la función social contenida en el cumplimiento de esos deberes.

Lo importante es que implica derechos que los hombres tienen en su calidad de tales, y que son por tanto, verdaderos derechos naturales.

El cuidado y protección de los menores, es la principal función de la patria potestad, la que corresponde desempeñar de manera natural a los padres y, para cumplir tal objetivo, la ley les atribuye un complejo de facultades y derechos, para que en ejercicio de esa autoridad puedan cumplir su misión.

1.- PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.

El Código Civil de 1928 vigente en el Distrito Federal a partir de 1932, regula a la patria potestad del artículo 411 al 448, el artículo 414 establece que su ejercicio compete conjuntamente al padre y a la madre en primer término,

a falta de ambos se ejercerá por el abuelo y abuela paternos, y a falta de estos por el abuelo y abuela maternos.

Al respecto, nosotros censuramos el orden establecido en el artículo 414 en comento, toda vez que nos parece increíble que aún exista una norma discriminatoria para los abuelos maternos al dejarlos en segundo lugar respecto de los paternos para ejercer la patria potestad.

Pensamos, que para determinar a quién le corresponde el ejercicio de ésta, al faltar los padres o al estar imposibilitados para ejercerla, deberá tomarse siempre en cuenta el bienestar de los nietos y sus intereses, independientemente del orden establecido en el citado Código.

Por otra parte, de las relaciones jurídicas surgidas entre los progenitores que ejercen la patria potestad y los hijos, se presenta ante todo un principio de obediencia y respeto de los ascendientes hacia sus padres.

Lo cual no debe ser considerado simplemente como un efecto de la patria potestad, sino como el fundamento ético de las relaciones paterno-filiales que se dan en la familia.

Además, la función encomendada a los padres, no se agota en la procreación del hijo, se les impone también la responsabilidad de formación de los menores.

Asimismo, la autoridad conforme al artículo 413 del Código Civil se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos, lo cual quiere decir, que ésta función protectora descansa en la confianza que inspiran los ascendientes para desempeñar dicho cargo.

De tal forma que, para el supuesto de ser hijos nacidos dentro del matrimonio, los padres en coparticipación, solamente la madre, o sólo el padre y los abuelos tanto paternos como maternos, unos u otros, se consideran de acuerdo con la ley, como sujetos activos de la patria potestad.

A pesar de que la disposición jurídica confiere el ejercicio de la patria potestad a ambos progenitores, nuestro Código no establece una división de poderes y facultades que por separado deban ejercer los padres; por el contrario las facultades, cargas y deberes que se les impone, deben ser cumplidos conjuntamente, mirando siempre por la formación y educación del hijo.

La forma en cómo será ejercida esta función, no se establece en nuestro Código Civil, pero puesto que se trata de un conjunto de deberes y obligaciones, deberán ser cumplidos indistintamente por aquellos. Debe interpretarse que en todo deberán actuar de común acuerdo.

2.- PERSONAS SOMETIDAS A PATRIA POTESTAD.

a) Hijos nacidos de matrimonio

Los sujetos sometidos a patria potestad lo serán únicamente los hijos o nietos menores de edad, ya que no puede existir patria potestad sobre los mayores de edad. Y en caso de que no tengan padres ni abuelos entrará al ejercicio la institución llamada tutela.

La relación jurídica entre padres e hijos será diferente, todo depende de la forma en como haya surgido.

Así, nuestro Código Civil vigente, en el artículo 414 establece que la patria potestad sobre los hijos nacidos de matrimonio se ejerce sucesivamente por el padre y la madre, por el abuelo y la abuela paternos y finalmente por el abuelo y abuela maternos.

Al respecto, son hijos de matrimonio los concebidos durante el mismo y no simplemente los que nazcan durante él, ya que este pudo haber sido engendrado antes.

La ley presume hijos de los cónyuges "los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio" ⁵⁴ y, los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a su disolución.

Para el supuesto que contempla el artículo 334, esto es, una persona viuda, divorciada o aquélla cuyo matrimonio fuera declarado nulo y contrajera nuevas nupcias dentro del periodo de trescientos días después de la disolución del matrimonio anterior, la filiación del hijo nacido después de celebrado el nuevo matrimonio se regulará de acuerdo con lo siguiente:

I.- Se presume que el hijo es del primer matrimonio si nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo.

II.- Se presume que el hijo es del segundo marido si nace después de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio.

El que negare las presunciones establecidas en las dos fracciones que preceden, deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se atribuye.

⁵⁴ *Supra*, pág. 107.

III.- El hijo se presume nacido fuera de matrimonio si nace antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio y después de trescientos días de la disolución del primero.⁵⁵

La filiación de los hijos nacidos dentro del matrimonio se puede probar con su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres, a falta de éstas con la posesión constante del estado de hijo nacido de matrimonio y en su defecto la ley puede autorizar cualquier medio de prueba en forma escrita o presunciones que considere suficientes para determinar su admisión.⁵⁶

Por lo tanto, el hijo que nace de pareja unida en matrimonio, tiene a su favor no sólo la certeza plena de su filiación materna y paterna, sino la seguridad jurídica y emocional que ambos le pueden brindar.

b) Hijos nacidos fuera de matrimonio.

La forma legal, ética y socialmente aceptada para realizar los fines de la familia, es a través del matrimonio.

⁵⁵ *Loc. cit.*

⁵⁶ V. artículos 340 y 341 del Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, 1993, pág. 108.

El matrimonio es la institución que otorga seguridad jurídica tanto a los progenitores como a sus hijos, toda vez que la maternidad es un hecho que no se duda y la paternidad, sólo una presunción jurídica que surge con la certeza dentro del matrimonio. Lo cual es razón fundamental que justifica su existencia.

Sin embargo, existe un considerable número de parejas que unen sus vidas sin sujetarse al vínculo matrimonial, procrean sin estar casados, y crean con ello la incertidumbre de la paternidad, de tal forma que la familia natural es una realidad y no podemos escapar de ella, por tal motivo se regula.

La filiación extramatrimonial es el resultado de este hecho, la relación jurídica entre progenitor e hijo, surge por el reconocimiento que los padres hagan, ya sea en forma voluntaria o por sentencia que cause ejecutoria imputando la filiación a cierta persona.

La patria potestad sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio se apoya en principio por igual que en la de los hijos nacidos dentro de éste, pues constituye una función que se ejercita en su beneficio.

El hijo concebido fuera de matrimonio tiene como ser humano el derecho a la vida, pero además de esto, tiene derecho:

* Artículo 389:

- I.- A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca.

- II.- A ser alimentado por las personas que lo reconocan.
- III.- A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley." ⁵⁷

Dicho reconocimiento deberá realizarse en la partida de nacimiento o acta especial ante el juez del registro civil, por escritura pública, por testamento y por confesión judicial.

En todas las formas, excepto por testamento, en el reconocimiento se deberá exigir el consentimiento de la madre, si no lo hay, quedará sin efecto.

Ahora bien, el ejercicio de la patria potestad será según se realice el reconocimiento, y éste puede ser conjunto o separado.

Es decir, si los progenitores viven juntos, ambos ejercerán la patria potestad, si viven separados y reconocen al hijo en el mismo acto convendrán quién ejercerá su custodia, en caso de que no lo hicieren, el juez de lo familiar escuchando a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que considere más conveniente a los intereses del menor.

Asimismo, si el reconocimiento se efectúa sucesivamente por los padres y no viven juntos, la custodia será ejercida por el que lo reconozca primero,

⁵⁷ *Ibid.*, pág. 116.

excepto si los padres convienen otra cosa, y siempre que el juez de lo familiar no creyere necesario modificar el convenio.⁵⁸

No deja de ser un problema real y grave la falta de un hogar común, situación que se presenta porque las relaciones entre los padres han sido pasajeras, o aunque duraderas son clandestinas.

Esa carencia de hogar repercute en la familia, lo que complica la atribución y ejercicio de la patria potestad.

En este caso es difícil hablar de coparticipación de los padres, cuando estos siendo conocidos viven separados.

No olvidemos que el hijo natural está ligado a sus autores, y una vez hecho el reconocimiento la ley le dará un padre, un abuelo, un tío, en síntesis: una familia.

c) Hijos adoptivos.

Nuestro Código Civil contempla a la adopción, como una fuente constitutiva de la familia, toda vez que es un acto jurídico que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil, del que se derivan relaciones análogas, aunque no idénticas a las que resultan de la paternidad.

⁵⁸ V. artículo 380 del Código Civil para el Distrito Federal, pág. 115.

La patria potestad, en el caso del hijo adoptivo "...la ejercerá únicamente la persona o personas que lo adopten"⁵⁹, ésta sólo se trasmite cuando se da en adopción a un menor que está bajo la potestad, pero en el caso de que el adoptado sea un menor que no estaba bajo la patria potestad de nadie, entrarán a ejercerla quienes lo adopten, aquí no habrá transmisión, sino creación de la patria potestad.

Por su parte, el adoptante tiene, como el mismo progenitor, la obligación de mantener, educar e instruir al menor adoptado, y de darle nombre y apellido.

3.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.

Siendo la patria potestad una función encomendada a los padres, su fundamento no se limita a la procreación del hijo, sino que la ley les impone la responsabilidad de educarlos convenientemente.

Por tal razón, la institución en comento está investida de un conjunto de poderes conferidos a los padres para que en su ejercicio, realicen el cuidado y protección de sus menores hijos.

Los derechos y obligaciones tienen un doble carácter, uno respecto a la persona de los descendientes, y el otro respecto al cuidado de sus bienes.

⁵⁹ *Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, 1993, pág. 121.*

El deber primordial que los padres tienen al ejercer la autoridad de la patria potestad son:

- A) Cuidado y guarda de los hijos
- B) Educación y corrección
- C) Representación legal de la persona del menor
- D) Administración de los bienes.

De las facultades que la patria potestad otorga a los ascendientes, se observa que no existe una marcada línea de separación entre los deberes y las obligaciones, ya que entre ambos existe una íntima correlación, permitiendo calificar a estas atribuciones como poder-deber.

El artículo 422 del multirreferido código civil prevé que a los padres les incumbe la obligación de educar convenientemente a sus hijos, y que en caso de no hacerlo lo harán del conocimiento del Ministerio Público para que promueva lo que corresponda, por lo tanto los padres tienen la obligación de observar una conducta que sirva de ejemplo al menor.

Además la facultad de castigar se suprimió del Código Civil, toda vez que con frecuencia se abusaba de ese derecho, al imponer castigos corporales que implicaban auténticas lesiones.

Por esta razón ya no existe la sanción en dicho ordenamiento legal, ahora las lesiones que los padres infieran a sus hijos o nietos será materia de regulación en el Código Penal.⁶⁰

Por otra parte, el cuidado del hijo y su educación exige que éste no pueda dejar la casa de los que la ejercen sin su permiso o decreto de la autoridad competente.

Este derecho está íntimamente ligado al de vigilancia, puesto que para que se pueda cumplir dicho fin, es necesario tener la guarda del menor para protegerlo y educarlo.

Nosotros pensamos que es una función natural que se les impone a los hijos como medida de convivencia permanente con las personas que ejercen la institución.

Igualmente, una consecuencia derivada del cuidado del hijo, es la representación legal, toda vez que los menores de edad tienen incapacidad de ejercicio, por lo tanto, quienes ejerzan la patria potestad actuarán en su nombre, así lo establece el artículo 424 del vigente Código Civil.

⁶⁰ V. CARRANCA Y TRUJILLO, *Raúl y otro. Código Penal Anotado*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1986, pág. 692.

4.- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RES- PECTO DE LOS BIENES DEL MENOR.

Desde hace muchos años, fue advertida la necesidad de limitar las facultades de quienes ejercen la patria potestad, no solamente en lo que se refiere a la persona sometida sino en cuanto a sus bienes, ya que de su ejercicio también se derivan consecuencias de carácter patrimonial.

Actualmente, nuestro Código Civil consagra en el Capítulo Segundo, artículos 425 a 442, los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del menor.

Literalmente el artículo 428 establece que "los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad, se dividen en dos clases:

- I.- Bienes que adquieran por su trabajo;
- II.- Bienes que adquiera por cualquier otro título"⁶¹

La ley concede a los ascendientes percibir la mitad de los bienes del menor como una compensación por la administración del patrimonio del hijo, pero los que éste haya adquirido por su trabajo le pertenecerán en administración y usufructo.

⁶¹ *Supra*, pág. 122.

Si los bienes han sido adquiridos por causa distinta de su trabajo tal como herencia, legado, donación o por don de la fortuna, la propiedad y la mitad del usufructo le pertenecen y la otra mitad le corresponde a quien ejerza sobre él la patria potestad.

Las limitaciones para quienes ejercen la institución de la patria potestad en cuanto a la administración de los bienes, en síntesis son:

***No podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años.**

***No podrán recibir la renta anticipada por más de dos años.**

***No venderán valores comerciales, industriales, títulos de renta y frutos ganados por menor valor del que se cotece en la plaza.**

***No podrán hacer donación de los bienes de los hijos, ni remisión voluntaria de estos derechos.**

***No pueden renunciar a la herencia en representación de los hijos.**

***Y, no pueden dar fianza en representación de los bienes de los hijos.**

5.- INTERVENCIÓN DE LA AUTORIDAD JUDICIAL.

Los que ejercen la patria potestad tienen la responsabilidad de dar cuentas por la administración de los bienes del hijo.

La ley nos señala que, a instancias de cualquier interesado, del menor que hubiera cumplido catorce años o del Ministerio Público, los jueces de lo familiar pueden tomar las medidas necesarias para impedir que por la mala administración de quienes ejerzan la patria potestad los bienes del hijo se derrochen o disminuyan.

La mala administración de los bienes obligará a quien ejerza la patria potestad, a reparar daños y perjuicios que le causen al menor.

Lo anterior es así, toda vez que si consideramos que la patria potestad es el cuidado tanto de la persona como de los bienes del hijo, estaremos de acuerdo en que los ascendientes estén obligados a reparar el daño que causen por realizar actos contrarios a la conservación de ese patrimonio.

La intervención judicial para los casos de mala administración, precisa de un requerimiento expreso al juez, pues la intervención de oficio no está permitida.

CAPÍTULO IV.

**ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA
PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO
ROMANO Y EN NUESTRO DERECHO
POSITIVO VIGENTE.**

En su oportunidad expusimos, que la familia es la "célula social por excelencia", afirmación que si bien se ha repetido con frecuencia, compartimos, porque pensamos que es plenamente exacta.

Sin embargo, la coexistencia bajo un techo y los vínculos de sangre que definen a la familia no bastan para unir a sus miembros. El auténtico cimiento de toda célula familiar es el amor recíproco, que existe entre los que están llamados a vivir juntos.

Desde cualquier aspecto que se le considere, la familia aparece como una institución necesaria, dentro de ella se desarrollan los más elevados sentimientos, tanto de la vida social como los de la vida política.

En el ámbito de la familia, se satisfacen requerimientos de asistencia y protección, y en el supuesto de que los hijos sean menores de edad o no se hayan emancipado, de representación jurídica.

Dichas características, implican reconocer relaciones jurídicas fundadas en la autoridad paterna y materna, cuyo ejercicio tiende al cabal cumplimiento de los fines a que obedece: la formación integral de los hijos.

De modo que la autoridad de los padres, se encamina a cuidar físicamente a los hijos, velar por su educación, suplir su natural incapacidad cuidando sus bienes, encauzando su conducta y asumiendo la consiguiente responsabilidad que los actos de los hijos pudieran generar.

Por consiguiente, el niño, desde que nace hasta que alcanza la plenitud de su capacidad jurídica como persona, esto es, la mayoría de edad, queda adscrito a relaciones jurídicas de autoridad, que tradicionalmente se contienen en la institución de la patria potestad.

En Roma, originariamente, la patria potestad se concebía como un conjunto de severos e ilimitados derechos que correspondían al *pater* y que se ejercían sobre la persona y bienes de los sometidos a su potestad.

En esa definición, no se exterioriza un vínculo paterno-filial integrado por sujetos con igualdad de intereses, ni mucho menos una relación que vaya más allá de lo que implique autoridad, porque el concepto, no abarcaba la protección de los intereses del hijo.

El concepto contenido en aquella norma inicial, respondía a la concepción dominante de la época, la patria potestad era entendida como un conjunto de derechos del padre.

La transformación sufrida por la patria potestad en el curso de la historia, es testimonio de la evolución operada en la estructura y las funciones de la familia.

El desarrollo de la patria potestad no es más que un traspaso de los poderes del *paterfamilias*, que va estrechando la autonomía de la familia y acrecentando los derechos individuales.

La historia muestra un paulatino e incontenible debilitamiento de este poder absoluto, es decir, a medida que el Estado va cobrando poder, la familia que anteriormente era el único y exclusivo centro de poder social, transfiere funciones, las que antes le eran exclusivas. La administración de justicia ya no es interior ni se ejerce en nombre de la domus, la función económica se transfiere a otras organizaciones, el culto finalmente se hace también exterior a la familia.

Cuando la familia es el ámbito sociopolítico fundamental, la patria potestad es fuente de poderosos y aún despóticos vínculos de sujeción al poder paterno, un poder absoluto del *pater* sobre sus hijos legítimos, que se extiende también a los descendientes de éste, a los arrogados, adoptados y legitimados. Este poder absoluto deriva del fundamento mismo de la autoridad paterna, la jefatura doméstica que hace del *pater* pontífice del culto familiar, amo y señor de la domus, tal poder se refleja además, en la manus maritalis sobre la esposa y la dominica potestas sobre los esclavos. Es el *pater* quien ejerce el dominio absoluto sobre las cosas.

La familia no es ya aquel pequeño Estado centralizado y gobernado por el *pater*, al transferir las funciones religiosas, legislativas y judiciales, se reduce su ámbito para convertirse en receptora de sentimientos afectivos.

La patria potestad trasciende al derecho moderno, el proceso de la procreación, no se agota ya en el hecho biológico de procrear, ahora implica el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de protegerlos y educarlos, he aquí la auténtica función de la patria potestad. Lo cual se convierte en un complejo conjunto de pretensiones: del hijo a recibir una formación integral y el deber de hacerlo posible con su comportamiento; de los padres, el ser los artífices de esa formación y el deber de cumplir con esa obligación de tal manera que sea más beneficiosa para el hijo; de la sociedad a la cual pertenecemos, de que cada nuevo ser que se incorpora a su seno no se convierta en un factor de perturbación, sino que por el contrario, que contribuya a la pacífica convivencia de todos sus miembros, y moralmente sano, que favorezca la formación de los menores; la de nuestro Estado de que ese proceso se cumpla en forma normal y de manera integral, y lo más importante el deber de no interferir cuando los poderes paternos se ejercen en forma regular, ni tampoco desconocer esos poderes o conculcarlos.

En su origen, la patria potestad fue la exteriorización más cabal de los poderes del *paterfamilias*, como titular de la soberanía familiar, en nuestros días, este poder no está dado en el interés individual y egoísta del progenitor,

está dedicado exclusivamente a su protección y defensa del menor, y en la necesidad que tiene de una mano firme que lo proteja.

El papel que desempeña la patria potestad dentro del seno familiar es muy importante, toda debilitación de la familia repercute indudablemente en la forma de regular la patria potestad y viceversa.

La función natural de la familia consiste en proteger al hijo. Sin embargo, sucede con frecuencia que algunos padres indignos abusan de su autoridad o que al contrario, algunos padres descuidan el utilizarla. Hay que resolverse entonces a organizar la protección del menor fuera de su familia, y hasta en contra de su familia.

Nuestra legislación civil distingue entre las formas de acabar, perder o suspender la patria potestad, pero no es renunciable, sólo puede ser objeto de excusa en los casos específicamente marcados por la ley.

En el primer supuesto, la patria potestad se acaba, cuando sin acto culpable por parte de quien la ejerce, la ley le ponen fin, señalando ciertos acontecimientos por los cuales deba concluir.

Se pierde por motivos de culpabilidad por parte del titular en el cumplimiento de sus deberes, siendo una sanción o castigo, en contra de los padres o abuelos por el comportamiento que hayan seguido.

Y se suspende, cuando por razón de alguna incapacidad no la puede seguir desempeñando quien la ejerce, o por haber sido sentenciado a pena que lleve consigo la suspensión.

La patria potestad se termina totalmente, tanto para el que la ejerce, como para el sujeto pasivo en los siguientes casos:

- I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.
- II.- Con la emancipación derivada del matrimonio.
- III.- Por la mayor edad del hijo" ⁸².

A la anterior enumeración, nosotros agregaríamos otro supuesto, la patria potestad se termina por la adopción del hijo, en cuyo caso la patria potestad se transmitirá al adoptante, y será ejercida por él y su pareja, en la misma forma que la de un hijo biológico.

Con ello quaremos dejar claro, que cuando se adopta el adoptado debe pasar a formar parte de la familia como un miembro más.

Los supuestos que enumera este artículo, implican la desaparición de los presupuestos que la confieren.

⁸² Código Civil para el Distrito Federal, *ob. cit.*, pág. 125.

Como la ley señala limitativamente las personas que pueden ejercer la patria potestad, esto es, los dos progenitores y los cuatro abuelos, por parejas o en forma unitaria, cuando no exista alguna de estas seis personas, nadie más la podrá ejercer aunque el hijo siga siendo un menor de edad.

La emancipación por matrimonio significa que el menor de edad que se casa, sale de la patria potestad. Si su matrimonio se extingue persistiendo la minoría de edad éste no regresará a la patria potestad sino que se le considerará emancipado.

La mayoría de edad extingue los efectos de la patria potestad, y una vez que ésta cesa, el hijo puede disponer libremente de su persona y de sus bienes.

Son tres las causas por las que puede suspenderse el ejercicio de la patria potestad.

- I.- Por incapacidad declarada judicialmente;
- II.- Por la ausencia declarada en forma;
- III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión."⁸³

Lo cual obedece a que el que la ejerce tiene que ser forzosamente una persona en pleno ejercicio de sus derechos, para que pueda ser representante de otra.

⁸³ Código Civil para el Distrito Federal, *op. cit.*, pág. 126.

Para el caso de ausencia declarada en forma, la razón es obvia, toda vez que si el que debe representar es declarado ausente, no puede ejercer ninguno de sus derechos.

Finalmente, puede ser que en un momento determinado la conducta del que ejerce la patria potestad sea considerada por el juez como inconveniente a los intereses del menor, en este caso, como sanción se le condenará a la suspensión de la patria potestad.

La suspensión del ejercicio de la patria potestad constituye no sólo una sanción menor a los padres, ni un remedio preventivo, sino el modo de suplir la imposibilidad sobreviniente de actuar las prerrogativas de su autoridad.

Asimismo, el artículo 444 del Código Civil vigente, enumera cuatro causas por las que la patria potestad se pierde:

I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;

II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;

III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal;

IV.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses".⁶⁴

La enumeración que nuestro Código hace acerca de las causas por las que la patria potestad se pierde, nos parece un poco innecesaria, creemos que bastaría con declarar que ésta se pierde a juicio del juez, cuando la conducta de quien la ejerce constituye una amenaza para la salud, seguridad o moralidad de los menores.

En este esquema, la pérdida del ejercicio de la patria potestad, tiene en nuestra ley un carácter eminentemente preventivo frente a los padres, que por su conducta pueden causar perjuicio a sus hijos. Por otra parte, constituye una sanción definitiva para el padre o la madre que incurran en las gravísimas conductas que el citado artículo 444 describe, sustrayendo preventivamente al menor de la autoridad del progenitor.

Asimismo, nuestra ley, especialmente el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, ha intervenido para reprimir los abusos de aquellos que ejercen esa potestad puedan causar, y se le ha conferido al juez la más amplia facultad para resolver todo lo relativo a la pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad para los casos de divorcio, y en especial al cuidado y a la custodia de los hijos. El citado artículo continúa diciendo que el juez observará

⁶⁴ *Ibid.*, pág. 125.

las normas de dicho Código para llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, o en su caso, de designar un tutor.

Como se infiere, en los supuestos excepcionales en los que ya por causas que exigen ineludiblemente acudir a la protección jurídica del menor ante la nocividad del medio familiar natural, ya por situaciones en que los padres se encuentren de hecho impedidos de actuar sus deberes - derechos, debe sustituirse o suplirse la autoridad paterna o materna designándose un tutor, o protegiéndoles del modo que dispongan los jueces que ejercen la titularidad que el Estado les ha conferido.

Sin embargo, resulta fácil hasta cierto punto, regular las condiciones y efectos de la privación de la patria potestad, con lo que se puede sancionar a los padres por abusar de su autoridad, lo fundamental radica en que después de dictar una sanción, como la pérdida de la patria potestad, el hijo encuentre condiciones de vida más favorables en otro hogar, que las que recibía en su ambiente familiar.

Creemos que la privación de la patria potestad es una medida grave, que afecta a los padres, quienes muchas veces son más ignorantes y desdichados que culpables, pero afecta dolorosamente aún más a los hijos al verse sustraídos de uno o de ambos de sus progenitores.

En la acción por pérdida de la patria potestad, es evidente que la medida de la acción no está en el interés familiar, sino en el del menor. Si la conducta

del padre, aún reprehensible no ha sido obstáculo para el cumplimiento de los deberes de asistencia y educación del menor, no será causal válida para privarlo de la patria potestad.

Sugerimos que el último pensamiento del legislador sea el de aplicar un correctivo a los padres por los malos hábitos que estos daban a sus hijos, decretando por ello la pérdida de la patria potestad, pero que prefieran ante la gravedad de la sanción, retirar tan sólo ciertos atributos de ésta.

Apelamos porque nuestro sistema jurídico se torne más flexible al permitir a los jueces la suspensión y no la pérdida de la patria potestad, toda vez que constituye esa decisión un instrumento importante para solucionar la aguda problemática que plantea la familia, la que actualmente atraviesa por un periodo de fuerte descomposición y nos inquieta el pensar qué será de ella si continúa así.

En un periodo histórico como el actual, cuando el creciente individualismo parece amenazar a la familia, minar su tradicional jerarquía y debilitar su efectividad funcional, es conveniente analizar las normas legales que lleguen a comprometer su solidez.

Insistimos, la potestad paterna, ha sido creada en interés de todos, de los hijos; de los padres; del Estado mismo. En el interés de los hijos, principalmente, sin duda, cuando hace falta a su debilidad un protector, un guía a su inexperiencia. En el interés de los padres puesto que no es para ellos solamente un deber sino también un derecho criar a sus hijos, darles el género de

educación que les conviene, despertar en ellos la vocación por la carrera hacia la cual quieran dirigirlos, etc. En el interés de la sociedad misma, puesto que el buen orden de las familias es la primera condición y la más segura garantía del buen orden de la sociedad; puesto que la potestad paterna es el mejor auxilio de la potestad pública, y porque cuando ella cumple su misión estaremos seguros que prepara buenos ciudadanos para el país.

Ante la severa crisis de la institución familiar, no han faltado estudiosos que se apresten a poner remedio al mal, tratando de reintegrar a esta institución sus principios y líneas tradicionales con la creación de nuevas disposiciones jurídicas y de estructuras estatales para proteger a la familia, ejemplo de ello es la legislación familiar del Estado de Hidalgo.

Aprovecharse de la débil situación de la familia por ciertos núcleos de la población debe terminar. Bajo el ropaje de ideas nobles se ha creado un ambiente de combate en su contra, se han perdido principios y hábitos que le reportaban unidad, respeto y afecto entre sus integrantes, rompiendo con ello lazos íntimos e intensos con los que se identificaba.

El predominio de lo económico en hombres y mujeres, lleva a descuidar el hogar, a los hijos, y hace que la familia dependa cada vez más de organismos externos. El interés por la adquisición de bienes materiales o esparcimientos comerciales se ha impuesto al interés por el hogar y la vida en familia, la educación de los hijos corre en gran parte a cargo de la escuela, la Iglesia, los lugares de recreo, los cines y las organizaciones infantiles. La misión de la familia se ha reducido únicamente al sostén económico, ha perdido con ello su

estabilidad tradicional, su desorganización se ha convertido en uno de los graves problemas sociales.

Nuestra aspiración por consiguiente, es que la vida en familia opere sobre el fundamento del amor, es decir no sólo en función de la reproducción, sino de la maduración individual de cada cónyuge, con ello queremos decir, de acción recíproca de entrega y de recepción en que consiste el matrimonio.

Es indudable que la familia constituye un organismo fuertemente entrelazado, que vive y se desarrolla sobre la base de un delicado equilibrio entre sus miembros.

Insistiendo en conceptos anteriores, diremos que la función actual de la familia es la de crear las condiciones que permitan a cada uno de sus miembros intentar y conseguir la mejor integración posible de su individualidad y conservar su capacidad de ajuste a las exigencias de la vida familiar. Porque la familia tiene una doble función, es conservadora porque mantiene los logros del pasado; es progresiva porque transmite los nuevos bienes culturales.

La familia como institución real, cumple un sublime cometido en la vida del hombre, su función natural y principal consiste en proteger y educar a los hijos.

Dijimos al principio, que necesitamos hacer una revisión acerca de nuestras normas jurídicas, las que a veces con miras al adelanto social son

dictadas produciendo un efecto que ahonda la crisis del matrimonio y por consiguiente de la familia.

Respecto a tal afirmación, nosotros consideramos que cuando el artículo 444 del Código Civil en su fracción II, establece que la patria potestad se pierde en los casos de divorcio, si revisamos lo que dispone el artículo 267 del mismo, encontraremos reglamentadas las causales de éste y notaremos que la mayor parte de ellas hace perder la patria potestad, creemos por lo analizado anteriormente, que esta norma legal llega a comprometer la solidez familiar, y su repercusión en la sociedad es universal.

Lo deseable en esta situación, es una adecuada legislación que proteja a los hijos y al cónyuge que lo necesite, una vez disuelto el vínculo matrimonial.

Sin embargo, no toda la responsabilidad la tienen los legisladores, pensemos que existen muchos padres indignos que abusan de su autoridad maltratando al menor, menoscabando con ello su salud o su moralidad.

Proponemos la creación de un organismo que ayude a cumplir la misión que la ley otorga a los padres o abuelos, el cual sería de gran utilidad y orientación.

La creación de un Consejo de Familia sería un auxiliar de la administración de justicia, cuya principal función será la de evitar que los padres den malos tratos a los hijos, creemos que vigilados y aconsejados por la citada institución

los cuidados que los padres den a sus menores hijos serán satisfactorios, así el hijo podrá permanecer en familia, pues estimamos por demás riguroso en muchos casos arrebatarse a los padres la guarda de su hijo y privarlo del afecto que puede encontrar pese a todo, cerca de los suyos.

Tal vez al principio, la medida será ocasión de resentimiento para los progenitores por las sugerencias que recibirán, pero confiamos que ante la amenaza de perder el ejercicio de la patria potestad, ésta resulte eficaz.

El Consejo de Familia debe estar integrado por especialistas como son Psicólogos, Doctores, Trabajadores Sociales, Abogados, etc., quienes rendirán un informe acerca de la situación familiar y sobre los convenientes e inconvenientes para decretar la pérdida, suspensión o terminación de la patria potestad.

El multicitado Consejo Familiar, con su orientación y conocimiento del medio social, será un instrumento que coadyuve a reforzar el criterio judicial.

Vale la pena defender a toda costa la institución familiar, ya que ella constituye para los cónyuges y los hijos una escuela de mutua ayuda, la única que asegura la protección del individuo, institución natural, no artificial, bienhechora, condición de equilibrio social tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

La patria potestad es, pues, más que un derecho, un deber; deber que se ha de cumplir no sólo en beneficio de sus descendientes, sino en

el del Estado, interesado en el buen orden y en la prosperidad social, que al estar constituida fuertemente la autoridad de los padres, reine en la familia una firme y constante disciplina, de la que salgan después ciudadanos educados en el respeto a las leyes y a los magistrados de su país.

Estando estrechamente conexos en la institución de la patria potestad el interés del Estado y el de la familia, es necesario que la misión confiada a los padres asuman un carácter de importancia social.

He aquí sobre todo, el derecho del poder público, de vigilar, corregir, completar y a veces suplir la obra del que ejercita la patria potestad. Intervención, mas no injerencia, requiriendo que el método de vida en la familia sea tal que asegure a la Nación una familia educada en la disciplina y en la responsabilidad.

De ahora en adelante, en el derecho moderno, no hay una patria que se traduzca como pudo traducirla el Derecho Romano, en dominio del padre, y hay entre tanto, una patria potestad limitada al mantenimiento del orden en la familia, y a la protección de la persona y del patrimonio de los hijos, en la medida en que los progenitores tienen autoridad y medios para cuidar de la educación de los mismos.

CONCLUSIONES

- 1.- Nuestro Código Civil, no define las instituciones jurídicas referentes a este trabajo, nosotros pensamos que es conveniente que en dicho ordenamiento legal se incluyan.
- 2.- Siendo la familia una institución de gran influencia social, requiere de mejor regulación, toda vez que la misma, es la base de la conducta del niño de hoy y del hombre del mañana.
- 3.- La pérdida de la patria potestad, por las razones expuestas en la presente tesis, provocan más daño al menor, que el beneficio que se pretende obtener con tal disposición.
- 4.- La patria potestad, institución de gran importancia para la familia, otorga a los padres y abuelos, derechos y obligaciones para el cuidado y educación del menor.
- 5.- En Roma, la patria potestad era ilimitada, actualmente la citada figura se encuentra restringida por leyes e instituciones que frenan los derechos que el padre tiene sobre sus hijos.

- 6.- La evolución que la patria potestad tuvo no se presentó en forma drástica, sino que surgió a través de los acontecimientos históricos; después que fue ejercida sólo por el padre, se amplió a la madre, y actualmente incluye a los ascendientes paternos y maternos.
- 7.- En Oaxaca, en el Código de 1827, el padre se podía auxiliar de las autoridades para el ejercicio de la patria potestad.
- 8.- En el año de 1917, una vez que fue advertida la importancia de la relación familiar, se extrae del Código Civil su regulación, para crearse una ley especial llamada Ley Sobre Relaciones Familiares.
- 9.- Dada la importancia que ha adquirido la materia familiar, nos parece adecuado que sea separada de la rama civil, como ya se ha hecho con todo éxito en el Estado de Hidalgo.
10. Consideramos que no hay razón suficiente, para que el Código Civil establezca un orden preferente a los abuelos paternos y deje en segunda instancia a los maternos para el ejercicio de la patria potestad.
11. A las causas contempladas en nuestro Código Civil, referentes a la terminación de la patria potestad, nosotros agregaríamos una más: cuando se da a un hijo en adopción.

12. De la enumeración que nuestro ordenamiento legal hace de los motivos por los que la patria potestad se pierde, pensamos que sería más conveniente que se dijera que cesa ésta, cuando la conducta de quien la ejerce constituye una amenaza para la seguridad, moralidad o salud de los menores.
13. El artículo 267 del multicitado Código Civil que se refiere a las causales de divorcio, opinamos que éstas comprometen la estabilidad de la familia.
14. Proponemos la creación de un Consejo de Familia, que coadyuve con los padres a cumplir la misión que se les encomienda en relación con la patria potestad.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- AGUANNO, José d'. La génesis y la evolución del Derecho Civil, traducción de Pedro Dorado Montero. Madrid, La España Moderna, 1922.
- AGUILAR GUTIÉRREZ, Antonio, y otro. Panorama de la Legislación Civil en México. Imprenta Universitaria, México, 1960.
- ANDRÉE, Michel. Sociología de la Familia y del Matrimonio. Ediciones Península, Barcelona, 1991.
- ARANGIO RUIZ, Vincenzo. Instituciones de Derecho Romano. Traducción de José M. Caramés Ferro, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.
- ARIAS RAMOS, J., y otro. Derecho Romano II, 17ª edición. Editorial Revista de Derecho Privado, 1984.
- ARGÜELLO, Luis Rodolfo. Manual de Derecho Romano. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988.
- BONFANTE, P., Instituciones de Derecho Romano, Parma, maxa de 1896.
- BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho Romano, traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa. 5ª edición, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1979.
- BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y otros. Primer curso de Derecho Romano. Editorial Pax-México, 1981.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, Común y Foral. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1944.

- CASTÁN VÁZQUEZ, José Ma.** La Patria Potestad. Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1960.
- COLÍN, Ambrosio, y otro.** Curso Elemental de Derecho Civil. Traducción de Demófilo de Buen, Tercera edición, Tomo Segundo, Volumen I, Instituto editorial Reus, Madrid 1952.
- DE PINA, Rafael.** Elementos de Derecho Civil Mexicano. 6ª edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1983.
- ELKIN, Frederich.** El niño y la Sociedad. Editorial Paidós, Buenos Aires, 1964.
- FASSI, Santiago Carlos.** Estudios de Derecho de Familia. Editora Platense, Argentina, 1962.
- FOIGNET, René.** Manual Elemental de Derecho Romano. traducción Arturo Fernández Aguirre, Editorial José M. Cajica, Jr. S. A., Puebla, Pue., México.
- FUEYO LANERI, Fernando.** Derecho Civil, tomo sexto, volumen III. Editorial Universo S. A., Valparaíso Chile, Santiago de Chile 1959.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio.** Derecho Civil Primer Curso. 6ª edición. México, Editorial Porrúa, 1976.
- IBARROLA, Antonio de.** Derecho de Familia. 2ª edición. México, Editorial Porrúa, 1981.
- IGLESIAS, Juan.** Derecho Romano. 7ª edición. Editorial Ariel, Barcelona 1984.
- LALINDE ABADÍA, Jesús.** Iniciación Histórica al Derecho Español. Ediciones Ariel, Barcelona, 1970.
- LAURENT, F.** Principios de Derecho Civil Francés, Vol. I. México, 1989.

- ENNECCERUS, Ludwing y otro. Tratado de Derecho Civil, Cuarto Tomo. Barcelona.
- MANRESA Y NAVARRO, José Marfa. Comentarios al Código Civil Español, Tomo II. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944.
- MARGADANT S., Guillermo F. Derecho Romano. Editorial Esfinge, S. A., México, 1982.
- MAZEAUD, Henri León, y otro. Lecciones de Derecho Civil, Parte Primera, Volumen IV,. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.
- MAZEAUD, Henri y León, y otro. Lecciones de Derecho Civil, Parte Cuarta, Volumen IV. Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1965.
- MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S. A., México, 1984.
- MUÑOZ, Luis. Comentarios al Código Civil para el Distrito y Territorios Federales del 30 de agosto de 1928. México, D. F., 1946.
- ODERIGO, Mario N. Sinopsis de Derecho Romano, 6ª edición. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982.
- ORTIZ URQUIDI, Raúl. Caxaca, Cuna de la Codificación Iberoamericana. México, Editorial Porrúa, 1974.
- PACHECO, Joaquín Francisco, Comentarios a las Leyes de Toro, tomo II. Madrid, 1876.
- PÉREZ LÓPEZ, Antonio Xavier. Teatro de la Legislación Universal de España e Indias, tomo XXII. Madrid.

- PETIT, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducción de José Fernández González, Editorial Nacional, México, 1975.
- POROT, Maurice. La Familia y el Niño. Editorial Planeta, S. A., Barcelona, 1980.
- PLANIOL, Marcel, y otro. Tratado Elemental de Derecho Civil. Traducción de José M. Cajica Jr., Cárdenas Editor y Distribuidor.
- PLANIOL, Marcel y otro. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz, Tomo I, Cultural, S. A., Habana.
- RAMÍREZ SÁNCHEZ, Jacobo. Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil. Tomo I, 1ª Edición 1960, Editorial Libros de México, S. A., México, D.F.
- RIPERT, Georges y otro. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Volumen II. La Ley, Buenos Aires.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil, tomo I, 19ª edición. Editorial Porrúa, México, 1983.
- RUGGIERO, Roberto de. Instituciones de Derecho Civil. Traducción por José Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1944.
- VENTURA SILVA, Sabino. Derecho Romano, Sexta edición. Editorial Porrúa, México, 1982.
- ZANNONI, Eduardo A. Derecho de Familia, tomo 2. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- Código de las Siete Partidas, Colección Códigos Españoles, tomo III. Madrid, Imprenta de la Publicidad, 1848.
- DUBLÁN Y LOZANO. Legislación Mexicana, tomo 15, Código Civil 1884.
- DUBLÁN Y LOZANO. Legislación Mexicana, tomo 11, Código Civil 1870.
- Ley Sobre Relaciones Familiares, México, D.F., 1980.
- GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Cuarta edición, México, 1983.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y otro. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa, S. A., México, 1986.
- Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, S. A., México, 1993.

REVISTAS

- CASTÁN VÁZQUEZ, José María. "La Patria Potestad de la Madre en la Historia" Revista del Instituto de Derecho Comparado, Barcelona, N° 12-13, Enero-Diciembre, 1959.
- "La Patria Potestad sobre los Hijos Naturales en la Legislación Española", Revista del Instituto de Derecho Comparado, N° 26-27, Enero-Diciembre, 1966, Barcelona, España.
- "La Reforma de la Patria Potestad en el Derecho Francés", Anuario de Derecho Civil, tomo XXIV, Fascículo III, Julio-Septiembre 1971, Madrid, España.

- "La Patria Potestad sobre los Hijos Nacidos Fuera del Matrimonio", Revista de Derecho Privado, Marzo de 1977, Madrid, España.
- "La Llamada Patria Potestad de Hecho", Revista de Derecho Privado, Octubre 1978, Madrid, España.
- "La Enajenación de los Bienes de Menores Sometidos a la Patria Potestad", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LV, N° 534, Septiembre-Octubre 1979, Madrid, España.
- ROLÓN RODRÍGUEZ, Arnaldo, Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Volumen IX, N° 2, Enero-Mayo 1975. Santurree, Puerto Rico.

ANUARIOS

- CASTÁN VÁZQUEZ, José María. Anuario de Derecho Civil, tomo XXIV, Fascículo III. Julio-Septiembre 1971, Madrid, España.
- MACEDO, Pablo. El Código de 1870. Su Importancia en el Derecho Mexicano, Jurídica, N° 3; 1971, México, D.F.
- VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro. Notas para el Estudio de la Historia de la Codificación del Derecho Civil en México, 1810 a 1834 "Jurídica". Anuario del Departamento de Derecho y de la Universidad Iberoamericana, N° 4, Julio 1972, México, D.F.

BOLETINES

Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie - Año XIV, Nº 41,

Mayo-Agosto 1981.

BERNHARD, Jean. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie -

Año XVIII, Nº 52, Enero- Abril 1985.

ENCICLOPEDIAS

BARCIA, Roque. Primer Diccionario General Etimológico de la Lengua Española, tomo segundo. Madrid, 1881.

CASSO Y ROMERO, Ignacio de. Diccionario de Derecho Privado, tomo II. Editorial Labor, S. A., Impreso en España.

Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo IX. Barcelona, Editorial Francisco Seix, S. A., 1958.

FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo. Diccionario de Derecho Romano. Editorial Sea, Buenos Aires, 1962.

Gran Enciclopedia Rialp, tomos IX y XVIII. Ediciones Rialp, S. A., Madrid, 1974, Impreso en España.

Diccionario Enciclopédico Salvat Universal, tomo 9. Salvat Editores, S. A., Impreso en España, 1975.

Enciclopedia de México, tomo III. Cuarta edición, 1978, México, D. F.

CASARES, Julio. Diccionario Ideológico de la Lengua Española. Editorial Gustavo Gili, S. A., Barcelona, 1979.

Enciclopedia Universal Ilustrada, tomo XXIII. Espasa-Calpe, S. A., Madrid, 1979.

Gran Diccionario Enciclopédico Durvan. Editorial Durvan, S. A., Impreso en España, 1981.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Bibliográfica Omeba Driskill, S. A., tomos IX, XI y XXI, Buenos Aires, 1982.

COROMINAS, Joan. Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico. Editorial Gredos, Madrid, 1984.

Diccionario Jurídico Mexicano, tomo IV. Editorial Porrúa, S. A., México, 1985.